
3 1761 08305212 6

SBORNÍK VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH.

ZALOŽIL BOHUŠ RIEGER.

ZA ÚČASTENSTVÍ ČLENŮ
PRÁVNICKÉ FAKULTY KARLOVY UNIVERSITY
VYDÁVÁ K. KADLEC.

PODPOROU MINISTERSTVA ŠKOLSTVÍ A NÁRODNÍ OSVĚTY, ČESKÉ AKADEMIE
VĚD A UMĚNÍ A PRÁVNICKÉ JEDNOTY V PRAZE.

Ročník XX.

V Praze 1920

Nákla[illegible]ka a Kohouta, kn[illegible]pců uni[illegible] a České
Akadem[illegible] věd a [illegible]



Knihtiskárna V. Klofáč a Boček ve Vys Mýtě

Obsah ročníku XX.

ČLÁNKY:

LITERATURA:

Část všeobecná:

Právní filosofie:

Právní dějiny:

Ústavní listina Československé republiky.

Dr. Jiří Hoetzel.

Poslední únor 1920 zůstane historickým dnem naší republiky. Toho dne byl v Národním shromáždění odhlasován soubor zákonů, kterými se kladly definitivní právní základy našeho státu. Odhlasované zákony mají různou právní povahu. Ústavními zákony v technickém smyslu jsou mezi nimi jen ústavní listina a zákon jazykový. Ostatní zákony jsou zákony obyčejné, prosté. Zejména sem patří řád volení do sněmovny poslanecké, zákon o složení a pravomoci senátu, zákon o zřízení župních a okresních úřadů. Omylem se tyto zákony označují za zákony ústavní.

Chci vylíčiti v tomto pojednání vznik a tendence ústavní listiny, nepouštěje se prozatím do všech podrobností. Bude napsáno jistě mnoho kritických prací o naší nové ústavě. Je proto záhodno, aby byl osvětlen její vznik v celku i v jednotlivostech. Na jedno budiž důrazně upozorněno: ústava naší republiky je dílem kompromisu a jako taková musí býti posuzována. Mocenské poměry stran byly takové, že nebylo možno počítati s tím, aby ústava vypadla tak, jak by odpovídalo přáním některé strany anebo dokonce názorům některého theoretika. Nešlo tu v první řadě o dílo vědecké, nýbrž politické. Všeobecně lze říci, že nezvítězila žádná strana úplně. Kdo byl svědkem urputného boje o jednotlivá hlavní ustanovení ústavní listiny a jazykového zákona, musí v uzákonění ústavy viděti jistě aspoň potud vítězství celého státu, když ne — bohudík — stran, že vůbec máme definitivní ústavní řády.

S některých stran nebyla naše ústava a zákony s ní souvislé posuzovány příznivě, bylo na ně útočeno, ba byly kritisovány i zlomyslně od Čechů. U nás bylo vždy více kritiky a negativní práce než činnosti tvůrčí. Přes rok se vědělo, že musí dojíti k velikým pracím ústavním a k pronikavé reformě veřejné správy.

Přímo překvapuje, že širší veřejnost (i odborná) skoro ničím nepřispěla k dílu pro náš stát významnému. Vláda a ústavní výbor Národního shromáždění byly odkázány při svých pracích jen na sebe; zvenčí mohly čekati jen podezřívání a zlehčování. V zájmu historické pravdy musí zde býti zdůrazněno, že jak vláda tak ústavní výbor pojímaly svůj úkol na výsost vážně.*) Ministerstvo vnitra vypracovalo některé předlohy do nejmenších podrobností, k jiným připravilo zevrubný (paragrafovaný) material. Jednání v ústavním výboru zůstane mi vždy vzácnou upomínkou. Nezasvěcenci ani netuší, kolik poctivé práce se tu vykonalo, kolik lidí snášelo všecko, co měli nejlepšího, ke zdaru velikého díla. V celku lze říci, že politické strany stály až na malé výjimky za tím, co jejich zástupci v ústavním výboru schválili.**)

Nesmí se přehlížeti, že v krátké době musila býti a byla vykonána práce, jež by za normálních poměrů vyžadovala několikanásobné doby, že těžiště práce spočívalo po celou dobu na několika málo lidech. Nelze konečně nevzpomenouti toho, čím se o celé dílo zasloužilo ministerské úřednictvo. Konám svou povinnost, když na ně tuto upozorňuji. Tím spíše tak činím, čím paušálněji se toto úřednictvo u nás odsuzuje. Tvrdím dokonce, že bez pomoci ministerstev by Národní shromáždění nebylo mohlo vykonati svého díla.***)

Ústavní listina Československé republiky chtěla původně obsáhnouti všecky ústavní předpisy. Z důvodů spíše zevních byla porušena tato unifikační tendence tím, že zásady jazykového práva byly pojaty do zvláštního zákona jako součást ústavní listiny (§ 129 úst. list.). Kromě toho byly do ústavní listiny

*) Na věčnou paměť přibíjíme zde slova, pronesená ve Zvonu a svědčící o směšné a praubohé zaujatosti k velikému ústavnímu dílu: „V době dohledné příslušný papír se rozpadne z útrpnosti, aby potomstvo nepoznalo, jakou dala ústava ta práci, co oprav a co nevážnosti".

**) Sám jsem koncipoval ústavní listinu. V mnohých směrech vypadal původní můj návrh jinak. Musil projíti co do zásadních otázek vládou, poradami stran koalovaných, na to poradami stran mimo koalici. Modifikace způsobila i jednání v ústavním výboru. Nebyl jsem účasten při sdělávání jazykového zákona, řádu volení do sněmovny poslanecké a při utváření územního základu žup.

***) O soubor zákonů usnesených 29. února a později Národním shromážděním se zvláště zasloužili tito úředníci mé zákonodárné sekce ministerstva vnitra: Dr. Bobek, Dr. Laštovka; přispěli zvl.: Dr. Joachim, Dr. Mašek, Dr. Mach, Dr. Kalousek a Dr. Ott.

zahrnuty jen některé zásadnější otázky týkající se práva voliti a volitelnosti do sněmovny poslanecké a senátu (§§ 8 a násl. úst. list.). Chtělo se umožniti, aby změna ostatních předpisů volebních řádů byla ulehčena. Už na tomto místě upozorňuji, že princip vázaných listin nestojí pod sankcí ústavního zákona (§ 33 úst. list.); k jeho odstranění stačila by obyčejná většina uvedená v § 32 úst. list.

Ústavní listina skládá se ze šesti hlav a jest uvedena uvozovacím zákonem o 10 článcích; plenum Národního shromáždění usneslo se podle vzoru některých cizích ústav k návrhu Herbenovu na pěkném a výstižném mottu.

Ústava naší republiky musila býti sdělávána hlavně bez účasti Němců, kteří se do té doby nepřihlásili loyalně pro naši republiku. Ústava naše je však vypracována tak, že odpovídá všem slušným požadavkům stran menšin národních (racových) a náboženských. Nepředpojaté posuzování musí to uznati. Kdo ovšem myslil na to, že náš stát bude utvořen jako stát spolkový, nebude s naší ústavou spokojen. Ale tomu není také pomoci. Malý náš stát by prostě nesnesl struktury republiky spolkové. Mezinárodně nejsme k takovému utvoření našeho státu povinni. Povinnost k naší státní samostatnosti nás kategoricky nutí trvati na tom, že naše republika může býti jen státem jediným, nedílným. Je zajímavo, že pro federativní charakter našeho státu jsou zvláště ti Němci, kteří za války neměli ani slova odsouzení pro ty plány svých soukmenovců, podle kterých jsme měli býti přitištěni ke stěně, ne-li úplně zničeni. My jsme ze své republiky utvořili stát, v kterém se mohou cítiti spokojenými všecky menšiny klidně a objektivně usuzující. Sami máme zájem na tom, aby náš stát umožnil všem občanům spokojený a klidný život. Nemůžeme však přistoupiti na přemrštěné požadavky, ať pocházejí odkudkoli.

Federalisaci naší republiky pokládal bych za hotové neštěstí. Poukazy na Švýcarsko kulhají na obě nohy. Mírová konference uznala v té příčině naši situaci, postavivši se na stanovisko jednotnosti, jednolitosti našeho státu. Jedinou výjimku připustila stran Podkarpatské Rusi. Zde arci poměry byly zcela zvláštní. Nešlo tu o přivtělení území na základě jednostranného, výsledkem války odůvodněného diktátu, nýbrž o dobrovolné připojení se k naší republice. Smlouva mezi hlavními mocnostmi spojenými

a přidruženými a republikou Československou v Saint-Germain en Laye ze dne 10. září 1919 upravuje v čl. 10.—13. státoprávní postavení Podkarpatské Rusi. Podle čl. I. cit. mírové smlouvy nejsme povinni prohlásiti čl. 10.—13. za předpisy fundamentální, t. j. nejsme povinni normy ty pojmouti do ústavní listiny. Přes to byl do ústavní listiny pojat § 3 odst. 2.—9. Stalo se tak z několika důvodů. Podkarpatské Rusi mělo se dostati postavení zaručeného samou ústavní listinou. Ústavní forma tohoto zaručení chtěla také zevně naznačiti, že Podkarpatská Rus je nedílnou součástí naší republiky (§ 3 1. odst. úst. list.), třeba že vypravenou největší autonomií slučitelnou s jednotností naší republiky (čl. 10. Saint-Germainské smlouvy). § 3 úst. list. výslovně zdůrazňuje, že Podkarpatská Rus se k naší republice dobrovolně připojila, aby se tím zamezily jakékoli právnické poukazy per analogiam.

Stylisace mírové smlouvy Saint-Germainské shora citované, i pokud jde o čl. 10.—13., naprosto nevyniká zvláštní jasností. Poukazuji zde zcela otevřeně na to, že při legislativním provádění těchto článků mírové smlouvy narážíme na velíké obtíže. Až budou vydány podrobné zákony provádějící čl. 10.—13. mírové smlouvy, resp. § 3 úst. list., vysvitne, jak nešťastně je mírová smlouva stylisována. Ze slov „unité autonome à l'intérieur de l'État tchécoslovaque" nedá se vyvozovati, že by Podkarpatská Rus měla postavení nějakého samostatného státu stojícího k naší republice v poměru federativním. Autonomnost území Podkarpatské Rusi záležeti má 1. v existenci zvl. autonomního zákonodárného sboru (Diète autonome) s určitě vymezenou působností, 2. v tom, že guvernér v Podkarpatské Rusi „bude jmenován presidentem Československé republiky a bude odpověden „rusínskému" sněmu".

Běží tedy o svébytnost legislativní a administrativní. Proto § 3 úst. list. užívá promíšeně slov „autonomní" a „samosprávný", ač původci tohoto § dobře si byli vědomi theoretického lišení obou těchto slov, resp. pojmů jimi vyjádřených. Legislativní působnost sněmu Podkarpatské Rusi jest, jak řečeno, omezena. Čl. 11. mírové smlouvy Saint Germainské omezuje ji na věci „jazykové, vyučovací, náboženské a věci místní správy (questions d'administration locale)", konečně na takové věci, které by Národní shromáždění Československé republiky výslovně přeneslo

na sněm Podkarpatské Rusi. Už při prvním čtení vznikají otázky: vztahuje se zákonodárná působnost sněmu Podkarpatské Rusi na v š e c k y otázky jazykové v území P. R.? Konkretně mluveno: Co může z jazykového práva upravovati autonomní sněm P. R.? Může na př. upravovati jazykové styky všech úřadů Podkarpatské Rusi mezi sebou a s úřady republikánskými, zvláště s ministerstvy? Co jsou to „věci náboženské“? Patří sem i majetkové vztahy náboženských společností a jedinců ex titulo náboženské příslušnosti? Co jsou „věci vyučování“? Patří sem také vysoké školy? Atd. atd. Co je to „místní správa“? Je to snad správa obecní, či také okresní, po případě župní? Máme se při výkladu držeti terminologie francouzské či anglické? Velikou otázkou je, jak se má vymeziti působnost, resp. odpovědnost guvernéra Podkarpatské Rusi. Jaké části výkonné moci na území P. R. stojí v čele? Stojí v čele veškeré správě Podkarpatské Rusi nebo jen její části a které? Máme jej stavěti v čelo jen té části Podkarpatské Rusi, která odpovídá zákonodárné působnosti autonomního sněmu? Odpovídá také jen z této části moci výkonné? Jak je to se soudnictvím Podkarpatské Rusi?

Takhle se přece nemá formulovati mírová smlouva!

Všecky tyto pochybnosti a výkladové svízele vysvětlují, proč § 3 úst. list. v celku parafrasuje — z opatrnosti — ustanovení mírové smlouvy, nechávaje možnost činiti guvernéra Podkarpatské Rusi odpovědným i vládě, resp. presidentovi Československé republiky. V proudu jsou jednání mezi naší vládou a representanty Podkarpatské Rusi, která mají umožniti, aby nynější provisorní statut pro P. R. byl vystřídán úpravou definitivní. Snahou naší republiky bude plně vyhověti duchu čl. 10. mírové smlouvy. M. j. půjde také o to, aby se mohl ustaviti autonomní sněm Podkarpatské Rusi. V 8. odst. § 3 úst. list. byla vládě poskytnuta možnost pouhými nařízeními upraviti otázky nutné k organisaci autonomního území Podkarpatské Rusi.

Legislativní kompetence sněmu P. R. chráněna jest ústavním soudem (srovn. zákon o ústavním soudě ze dne 9. března 1920 č. 162 Sb. z. a n.). Území Podkarpatské Rusi vysílá do centrálního parlamentu naší republiky (Národního shromáždění) přiměřený počet poslanců (senátorů) „podle příslušných volebních řádů československých“. Nebylo tedy přistoupeno k názoru, jakoby sněm Podkarpatské Rusi sám mohl určovati počet a způsob

volby (vysílání) poslanců a senátorů do Národního shromáždění. Také nebylo vyhověno požadavku, aby řečené poslance (senátory) do Národního shromáždění vysílal sněm Podkarpatské Rusi. Naše republika se rozhodla pro princip přímých voleb vyjádřující více jednotu našeho státu. Tento princip přímých voleb se opírá o znění čl. 13. mezinárodní smlouvy: „des deputés élus conformément à la constitution de la République tchécoslovaque". Táž mírová smlouva ustanovuje, že tito členové Národního shromáždění nebudou míti práva hlasovacího ve všech věcech legislativních, které příslušejí sněmu Podkarpatské Rusi. Ústavní listina na konec odhodlala se k tomu, že neužila tohoto obmezivého ustanovení mírové smlouvy (§ 32 úst. list.). Jsou tedy poslanci (senátoři) volení z území Podkarpatské Rusi plnoprávnými členy Národního shromáždění.

Na přání slovenského klubu bylo do § 3 úst. list. pojato ustanovení (odst. 9.), že hranice mezi Podkarpatskou Rusí a ostatním územím Československé republiky budou ustanoveny ústavním zákonem (§ 33 úst. list.).

Jednotnost našeho státu zdůrazněna je také v § 4 ústavní listiny o tom, že státní občanství je pro celou oblast republiky „jediné a jednotné". To znamená, že musí býti upraveno pro celé území republiky stejným způsobem a že samosprávné území Podkarpatské Rusi nemá svých vlastních příslušníků. Schází mu tedy do státnosti osobní substrát.

Ústavní listina neměla původně ustanovení o tom, které město je městem hlavním. Návrh ústavní listiny pokládal to za samozřejmé. Návrh jednoho moravského poslance, aby hlavním městem naší republiky bylo Brno, způsobil, že do § 5 úst. list. byl pojat nynější jeho 1. odstavec.

K provedení ostatních odstavců § 5 vydán zvláštní zákon o státní vlajce a znacích.

Hlava druhá ústavní listiny jedná o moci zákonodárné. Tato hlava byla v některých svých partiích předmětem největších bojů.

§ 6 úst. list. unifikuje výkon zákonodárné moci: republika naše má (mimo sněm Podkarpatské Rusi) jediný zákonodárný orgán: Národní shromáždění. Zákonodárná činnost zemských sněmů byla odstraněna už provisorní ústavou. Mezi projednáváním ústavy nebylo vlastně žádných hlasů volajících po obnově zákonodárné činnosti zemských sněmů. Volání takové bylo by hoto-

vou absurdností v našem malém státě. V § 7 úst. list. prohlašuje se zákonodárná a správní činnost zemských sněmů za zaniklou. Jen mimochodem upozorňuji na to, s jak různými názory setkávali jsme se při řešení otázky, kdo má nastupovati za zemský sněm v případech, kde bylo podle dosavadních předpisů třeba usnesení sněmovního, resp. takového usnesení schváleného císařem. Praxe velice kolísala, ba jeden zemský výbor zastával průběhem doby v téže otázce různé názory. Bude jednou po náležitém odstupu časovém vděčným úkolem vyličiti různé tyto názory a dopátrati se jejich motivů. Tvrdošíjné boje se vedly o to, má-li se zříditi jednokomorový zákonodárný orgán nebo dvoukomorový. Střetly se zde dva světové názory a hned od počátku bylo jasno, že boj skončiti musí kompromisem. Vládní předloha ve své důvodové zprávě obšírně odůvodňuje své stanovisko pro system komor dvou. Můj původní návrh hájil různé složení sněmovny poslanecké a senátu. Senát měl býti volen z $^{2}/_{3}$, ostatek jmenován (voleným) presidentem republiky k návrhu vlády, při čemž se mělo přihlížeti ke všem složkám duševního a hospodářského života. V úvahu přicházela také ta eventualita, že by se část senátu volila veřejnoprávními organisacemi zemědělství, obchodu a průmyslu, sdružení dělnických a p. Na závadu této eventualitě bylo, že některé složky hospodářského života nebyly dosud veřejnoprávně organisovány a nebylo možno organisaci takovou v čas „vydupati“. Bylo jasno, že částečné jmenování senátorů není nejdemokratičtější a padala tu na váhu také skutečnost, že Severoamerická Unie nominování senátorů legislacemi jednotlivých států nahradila r. 1912 volbami přímými. Šlo mi však o to, aby složení senátu bylo podstatně jiné než u sněmovny poslanecké. Jen od takové různosti sliboval jsem si úplné plnění úkolů, jež se na senát skládají. I jinak se měl senát lišiti od sněmovny poslanecké. Neměl býti rozpustitelný, měl se částečně obnovovati, volební právo bylo vázáno na vyšší věk (30. rok). Požadavek nerozpustitelnosti senátu padl už ve vládě, jež však akceptovala částečnou nominaci senátorů. Úsilí o senát narazilo na silný odpor zvláště sociálně demokratického klubu, jenž zásadně byl pro system jednokomorový, prohlásil však, že by mohl snésti senát, avšak takový, který by byl naprosto demokraticky složen a nebyl činitelem politicky významným.

Nejdříve padlo částečné jmenování senátorů. Houževnaté boje vedly se o věkovou hranici pro aktivní právo volební. Na

konec — v pohnuté schůzi ústavního výboru — prošel dokonaný 26. rok (nikoli 30. rok). Neobyčejně těžce se bojovalo o pravomoc senátu. Navrhoval jsem zásadní naprostou paritu obou sněmoven; obě měly míti právo legislativní iniciativy, vládní předlohy mohly by býti podávány napřed u kterékoli sněmovny. Tyto návrhy nedošly souhlasu v poradě koalovaných stran. Někteří žádali, aby některé věci mohly býti projednávány jen ve sněmovně poslanecké beze vší účasti senátu, jiní trvali aspoň na tom, aby některé vládní předlohy musily projíti napřed sněmovnou poslaneckou. Dosti jednomyslnosti bylo v požadavku, aby nedůvěru vládě vysloviti mohla jen sněmovna poslanecká.

Důvodová zpráva vládní uvádí argumenty pro tento požadavek.

Výsledkem tvrdých půtek a debat místy pohnutých byl senát ústavní listiny, dílo každým coulem kompromisní, které nese zřetelnou pečeť snahy vyvyšovati sněmovnu poslaneckou nad senát i v otázkách dosti podružných. I zde zdůrazňuji, že nikterak nesdílím obvyklého pesimistického názoru o nynějším senátu. Sama vysoká hranice věková stanovená pro volitelnost do senátu už mnoho znamená. Strany mají při vázaných listinách niveau senátu v moci potud, že mohou do něho vysílati skutečné kapacity bez rozdílu stranické příslušnosti. Této možnosti nebude asi žádnou stranou využito co nejvydatněji, může se naopak státi, že strany cítící zásadní odpor proti senátu nebudou do něho vědomě vysílati nejlepších svých lidí.

Řád volení do poslanecké sněmovny jest veskrze demokratické a v každém směru úcty hodné dílo. Je propracováno do všech podrobností; snahou urychliti zvolení nové sněmovny vysvětlují se některé příliš krátké lhůty, jež v praxi lze dodržeti jen s největším napjetím sil administrativy. Nejprudší útoky vedeny byly proti vázaným kandidátním listinám. Své stanovisko k nim precisoval jsem v Národních Listech 28. března 1920. K poznámkám Národních Listů k mému stanovisku uvádím, že Národní Listy v nepodepsaném článku nelíčí skutečné situace pravdivě.

Prudce se zápasilo o § 20 úst. listiny. Přihlíženo bylo k poměrům francouzským, belgickým a uherským (str. 1. násl. vládní důvodové zprávy připojené k tisku 2421.). Konečná stylisace § 20 znamená kompromis, kde vlastně žádná zásada nebyla pro-

vedena důsledně. „Zaměstnanec ve státních službách" znamená osobu zaměstnanou ve službách státních bez ohledu na to, jde-li tu o služební poměr veřejnoprávní či soukromoprávní. Důvodem § 20 1. odst. je závislost zaměstnancova na státu. „Jiní veřejní zaměstnanci" v 2. odst. § 20 jsou charakterisováni povahou svého zaměstnavatele.

Poměr obou sněmoven je takovýto:

Návrhy zákonů mohou vycházeti buď od vlády nebo od kterékoli sněmovny. Tím je zaručeno stejné právo iniciativy zákonné oběma sněmovnám. Vláda musí však své předlohy zákona rozpočtového a branného napřed předložiti sněmovně poslanecké. Stran zákona rozpočtového (rozpočtu) nemá ústavní listina jinakého ustanovení. Nepokládalo se za nutné výslovně stanoviti, že rozpočet platí na rok. Pokládalo se to za samozřejmé a plyne to z dosavadního právního řádu, na němž nic ústavní listinou nebylo měněno. Ostatně sněmovna má v konkretním případě vždy možnost stanoviti něco jiného, když by to pokládala za nutné nebo vhodné. Padl návrh, aby i jiné vládní zákonné předlohy musily býti napřed předkládány sněmovně poslanecké. Poukázalo se proti tomu k tomu, že je přímo v zájmu věci, aby vláda mohla voliti tu neb onu sněmovnu podle okolností případu (srovn. zákony naprosto odborné beze vší přítěže politické; ty patří jistě napřed do senátu).

Zásadou je, že každý zákon musí projíti oběma sněmovnami, lépe řečeno, že k němu je třeba souhlasného usnesení obou sněmoven. To je velikou vymožeností. Bezvýhradně platí tato zásada o zákonech ústavních. Zákonem ústavním jest ústavní listina, zákony prohlášené za její součásti (zákon na ochranu osobní a domovní svobody §§ 107 a 117 úst. list.), jakož i zákony, které doplňují nebo mění ústavní listinu a její součásti. Tyto zákony musí býti už zevně označeny jako zákony ústavní (čl. I. uvoz. zák.). Prakticky se to projeví co do žádoucí kvalifikované většiny podle § 33 úst. listiny. Při ústavních zákonech, vetovaných presidentem republiky je třeba, aby obě sněmovny se znovu na nich usnesly souhlasně, takže nelze při nich užíti postupu uvedeného v § 48 úst. list. V této souvislosti upozorňuji na to, že referendum není možné při vládních návrzích zákonů ústavních (§ 46 úst. list.).

K usnadnění legislativní práce při obyčejných zákonech vy-

dána byla ustanovení §§ 43 a 44 úst. list. Na vysvětlenou těchto předpisů uvádím: Lhůta, ve které se má senát usnésti o osnově zákona přijaté sněmovnou poslaneckou, činí 6 neděl, resp., pokud jde o zákon rozpočtový a branný, měsíc. Sněmovna poslanecká má k tomu lhůtu tří měsíců. Tento nepoměr lhůt vysvětluje se tím, že sněmovna poslanecká musí počítati s přítěží politických debat a vůbec pomalejšího tempa práce. Tyto lhůty mohou se dohodou obou sněmoven buď prodloužiti nebo zkrátiti (mimo lhůtu danou senátu pro vyřízení osnovy zákona rozpočtového a branného). Aby sněmovna měla opravdu k disposici předepsanou nebo umluvenou lhůtu, ustanovuje 3. odst. § 43 úst. list., že pro ni běží nová lhůta, když za původní lhůty ať zákonné ať umluvené uplynulo volební období dotčené sněmovny, nebo byla-li sněmovna ta rozpuštěna, odročena nebo bylo-li její zasedání prohlášeno za zkončené (§§ 30 a 31 úst. list.). Nedodrží-li sněmovna lhůty jí ustanovené zákonem nebo dohodou, finguje se, že souhlasí s usnesením sněmovny druhé. Právě tento právní účinek (odst. 4 § 43) způsobil dlouhé a pečlivé debaty o tom, jak stanoviti příslušné lhůty a jak zabezpečiti sněmovnu před tím, aby nepřišla o možnost jednati o usnesení druhé sněmovny v případech naznačených v 3. odst. § 43 úst. list.

Zvláštní pozornosti zasluhuje § 44 úst. list. V něm je nejpatrněji provedena právní převaha poslanecké sněmovny nad senátem. Usnesení poslanecké sněmovny stane se zákonem přes odchylné usnesení senátu, když sněmovna poslanecká setrvá na svém zákonném usnesení (zamítnutém nebo změněném od senátu — odst. 4. § 44 úst. list) nadpoloviční většinou všech svých členů. Takové „přehlasování“ senátu jest však stíženo tehdy, když senát zamítl nebo změnil původní usnesení sněmovny poslanecké tříčtvrtinovou většinou všech svých členů. Bylo by bývalo nespravedlivo, aby mínění tak vysoké většiny senátu mohlo býti právně paralysováno obyčejnou většinou všech členů sněmovny poslanecké. Takovéto paralysování je možné, jen když sněmovna poslanecká setrvá na svém původním usnesení třípětinovou většinou všech svých členů! Než i zde stěží vyváží tři pětiny sněmovny poslanecké tři čtvrtiny senátu. Absolutně však počítáno, znamená to při plné presenci 180 poslanců proti 113 senátorům.

Není-li tedy docíleno v poslanecké sněmovně v případě 1. věty 1. odst. § 44 nadpoloviční většiny všech členů sněmovny poslanecké, resp. v případě věty 2. 1. odst § 44 třípětinové většiny všech poslanců (členů sněmovny poslanecké), původní usnesení této sněmovny nestane se zákonem.

Když návrh iniciativní anebo vládní předloha prošla napřed senátem, je procedura upravena poněkud jinak (2. odst. § 44 úst. list.). Když sněmovna poslanecká schválí usnesení senátu, stane se toto usnesení zákonem (§ 42 úst. list.).

Když však sněmovna poslanecká zamítne nebo změní první usnesení senátu, setrvá-li však tento na svém původním usnesení nadpoloviční většinou všech svých členů, nestává se takové usnesení senátu samo sebou zákonem, jak tomu je podle 1. věty 1. odst. § 44 úst. list., nýbrž druhé usnesení senátu jde znovu do sněmovny poslanecké. Tato sněmovna musila by (původní) usnesení senátu zamítnouti po druhé, a to nadpoloviční většinou všech svých členů, aby se usnesení senátu nestalo zákonem. Z toho plyne a contrario, že usnesení senátu stane se zákonem, když poslanecká sněmovna se po druhé nevysloví proti usnesení senátu nadpoloviční většinou všech svých členů.

Z 2. odst. 2. věty § 44 úst. list. plyne dále, že legislativní procedura se končí, to znamená osnova zákona padá, když senát po druhé nesetrvá na svém původním usnesení nadpoloviční většinou všech svých členů. Osnovy zákonů zamítnuté způsobem stanoveným v 1. a 2. odst. § 44 úst. list., nemohou býti v žádné sněmovně opakovány před uplynutím roku. Důvod tohoto předpisu je na biledni.

Výklad § 44 odst. 1. a 2. mohl by vésti k pochybnostem v tomto směru: Senát se má na př. usnésti po druhé o své osnově zákona (§ 44 úst. list. odst. 2. věta 2.). Nežli tak může učiniti, byl senát rozpuštěn (§ 31 úst. list.) anebo uplynulo jeho volební období. Nebylo vyloučeno, že by se mohlo tvrditi, že padá pod stůl i jeho první usnesení proto, že za nedokončeného „chodu zákona" senát ve svém původním složení zmizel. K vyvarování všech pochybností ustanovuje § 45 úst. list., že první usnesení senátu nepadá pod stůl, nýbrž že usnesení senátu nově zvoleného je pokračováním legislativního pochodu po rozumu 2. odst. § 44 úst. list., čili jeho usnesením druhým po rozumu cit. § 44 2. odst.

Preponderance poslanecké sněmovny výše vylíčená projevuje se také v odst. 2. § 48 úst. list.

Otázka bezprostředního výkonu zákonodárné moci lidem samým byla upravena v § 46 úst. list. Výkon ten jest omezen na ten případ, že by Národní shromáždění zamítlo vládní návrh zákona. Vláda může se jednomyslným votem všech přítomných členů vlády (předsedu, resp. jeho náměstka (zástupce) v to počítajíc) usnésti na tom, aby hlasováním lidu bylo rozhodnuto, má-li se zamítnutý vládní návrh státi zákonem.

Je patrno, že od hlasování lidu jako všeobecného institutu si vláda, resp. ústavní výbor, příliš mnoho nesliboval. Přesahovalo by rámec této stati, kdybych chtěl v ní do podrobností pojednati o všech otázkách s tím souvisejících. Je samozřejmo, že vůči zákonu takto usnesenému není přípustno právo presidenta republiky podle § 47 úst. list.; nejdeť o „zákon usnesený Národním shromážděním".

*

Jaké postavení má president republiky k usnesením sněmoven o zákoně? Je zcela jiné než bylo v bývalém Rakousku. Naše ústavní listina je zbudována na myšlénce, že souhlasná usnesení obou sněmoven anebo taková, o kterých mluví §§ 43 a 44 úst. list., jsou už zákony — srovn. dikci § 44: „usnesení . . . stane se zákonem", „osnova stane se zákonem", usnesení „nestane se zákonem", § 47: „usnesený zákon" atd. President republiky může vlastně jen oddáliti publikaci zákona tím, že užije svého práva propůjčeného mu v § 47 úst. list. Podle toho může president republiky vrátiti s připomínkami zákon usnesený Národním shromážděním do měsíce ode dne, kdy usnesení Národního shromáždění bylo dodáno vládě*). Akt, kterým president republiky vrací zákon, je beze sporu úkon vládní, který potřebuje kontrasignace (v praxi se toho — bohužel — nešetřívá). Nešetření tohoto předpisu stran kontrasignace má v zápětí neplatnost úkonu presidentova, což znamená, že by zákon musil býti přece vyhlášen, resp., že by Národní shromáždění nemělo znovu jednati o „vráceném" svém zákoně právě proto, že mu platně vrácen nebyl. Nelze pro budoucnost dosti důrazně upozorniti na nutnost kontrasignace úkonu presidenta republiky, kterým vrací zákon.

*) Nebylo možno prosaditi znění: „ode dne, kdy usnesení N. Shr. bylo mu vládou dodáno."

Právo presidentovo není nějakým vetem v pravém smyslu. Sněmovny mohou svým souhlasným usnesením způsobiti, že zákon presidentem republiky pozastavený musí býti vyhlášen. (§ 48 úst. list.) Ba podle II. odst. § 48 může sněmovna poslanecká při druhém svém hlasování podle jmen sama prosaditi, že zákon jest vyhlásiti.

Jinak jest otázka upravena při zákonech sněmu Podkarpatské Rusi. V té příčině ustanovuje § 3 úst. list., že zákony tohoto sněmu se vyhlašují (ve zvláštní sbírce) jen tenkráte, schválil-li je „president republiky svým podpisem". To znamená, že při zákonech sněmu Podkarpatské Rusi má president republiky právo plného veta. Pozastaví-li některý zákon, padá tento zákon pod stůl a sněm Podkarpatské Rusi nemá práva obdobného právu sněmoven Národního shromáždění podle § 48 úst. list.

Odchylná úprava provedena byla také v případech § 46 úst. list. Jest jasno, že president republiky nemohl by vrátiti zákon, k němuž došlo z vůle lidu. Nepokládalo se za nutné v té příčině vyslovovati positivní ustanovení. Stačí držeti se znění § 47 úst. list. Podle toho president republiky může vraceti jen zákony usnesené Národním shromážděním, kdežto § 46 má na mysli případ, že Národní shromáždění zamítlo vládní osnovu zákona.

V této souvislosti upozorňuji na ustanovení 12. odst. § 54 úst. list. Opatření stálého výboru podle § 54 úst. list. nelze vyhlásiti, když president republiky s nimi nesouhlasí. Stálý výbor podle § 54 úst. list. je sice zásadně příslušný ve všech věcech náležejících do zákonodárné působnosti Národního shromáždění, nemá však práva vyhrazeného Národnímu shromáždění podle § 48 úst. list. Souvisí to s celkovým naziráním na opatření zmíněná odst. 12. § 54, při čemž sluší míti na mysli, že opatření ta mají prozatímní moc zákona (§ 54 odst. 12. úst. list.) a právě proto jsou nepřezkoumatelná soudy (§ 102 úst. list.), vyjímajíc soud ústavní (odst. 13. § 54 úst. list.). Dodatkem k těmto otázkám podotýkám, že můj návrh nedával při § 48 úst. list. privilegovaného postavení sněmovně poslanecké, nýbrž hájil zásadu, že zákon presidentem vrácený jen tehdy musí býti vyhlášen, když obě sněmovny setrvají na svém usnesení původním dvou třetinovou většinou za přítomnosti nadpoloviční většiny svých členů. Souviselo to s tím, že žádal jsem pro obě sněmovny naprostou rovnoprávnost; to neprošlo však ani ve vládě.

Podle § 51 úst. list podpisuje zákon také president republiky. Jeho podpis nemá povahy sankce ve smyslu ústavního práva bývalého Rakouska (jinak v případě § 3 úst. list. resp. § 54 odst. 12. l. c.). Zákonodárcem je jen Národní shromáždění a president republiky je povinen podepsati zákon, který vrátil, ale na kterém se Národní shromáždění podle § 48 úst. list. přes to znovu usneslo (srovn. apodiktické znění § 51 úst. list.: „zákon", to znamená „každý zákon podpisuje president republiky"). Aby byla nade vši pochybnost proklamována zásada, že Národní shromáždění je samo zákonodárcem, pojal jsem do § 49 úst. list. ustanovení: „Národní shromáždění republiky Československé usneslo se na tomto zákoně." Toto ustanovení bylo do § 49 pojato také proto, aby se zamezilo kolísání praxe v této příčině.

Na jednu věc bych rád na tomto místě upozornil. Podpisy presidenta republiky a ostatních funkcionářů uvedených v § 51 úst. list. mají osvědčiti, že publikovaný zákon byl opravdu usnesen Národním shromážděním podle ustanovení ústavní listiny. Jestliže by se však stalo, že by publikovaný zákon se nekryl s usnesením Národního shromáždění — a takový případ už opravdu se stal! —, bude přece takový zákon platiti už proto, že není v naší republice orgánu, který by mohl takový zákon v tomto směru přezkoumávati — srovn. níže výklady k § 102 úst. list. Že by ani ústavní soud tu nebyl příslušný, nepokládám za pochybné. Proti mému návrhu pojato bylo do § 49 úst. list. ustanovení 1. odst., že „k platnosti zákona je třeba, aby byl vyhlášen a to způsobem, jak ustanovuje zákon." Pokládám tuto zásadu za samozřejmou v nynějším vývoji státním, nehledíc k tomu, že máme zvláštní zákon o vyhlašování zákona (a nařízení). Tento zákon předpokládá jako něco samozřejmého, že zákon nepublikovaný ve Sbírce zákonů a nařízení neplatí. Pro publikaci zákonů stanoveny jsou v 3. odst. § 49 úst. list. lhůty. Doslovný výklad 1. věty cit. 3. odst. § 49 vede k závěru, že osmidenní lhůta vyhlašovací běží vždy od uplynutí měsíční lhůty § 47, tedy i tehdy, když by president republiky zákon podepsal před uplynutím této lhůty měsíční.

§ 49 úst. list. byl poslední dobou různě vykládán. Vyskytl se m. j. názor, že jsou neplatné zákony — a že by to mohly prohlásiti soudy —, při kterých po účinnosti ústavní listiny nebylo užito uvozovací věty zmíněné v 2. odst. § 49 úst. list. Byl jsem si

vědom nebezpečí, které by hrozilo bezpečnosti právní, kdyby soudy mohly prohlásiti za neplatný zákon, který na př. nebyl vyhlášen ve lhůtě uvedené ve 3. odst. § 49 anebo kde se opomenulo uvésti, který člen vlády má zákon prováděti at.d. Proto byl v § 102 úst. list. zcela vědomě citován jen § 51 nikoli §§ 49 a 50. Citovati I. odst. § 49 zdálo se zcela zbytečným, protože z důvodů výše uvedených není praktické počítati ve 20. století s možností, že by se zákon nevyhlásil v předepsané Sbírce (zákonů a nařízení), resp. že by někdo ve 20. století chtěl vážně tvrditi, že takto řádně nepublikovaný zákon platí. Kdyby však proti všemu očekávání něco takového se vyskytlo, měl by soud pro své přezkoušení právo podklad v samozřejmosti 1. odst. § 49 úst. list., kde se mluví o „platnosti zákona“, nikoliv však v odst. 2. a 3. § 49 a 50 úst. list.

Slovům § 50 úst. list.: „Kterému členu vlády“ rozuměti je brachylogicky, jsou tím míněni netoliko členové vlády v užším smyslu (§ 70), nýbrž i předseda vlády.

Stálý výbor podle § 54 úst. list. může se vyvinouti na blahodárnou justici naší republiky. Mohl by obzvláště zaručiti zákonodárnou činnost za poměrů, které by ochromovaly nebo stěžovaly činnost Národního shromáždění samého.

Je velký rozdíl v tom, když „opatření z nouze“ vycházejí od parlamentního sboru anebo od moci výkonné. Stálý výbor podle § 54 úst. list. je přece jen surogát zákonodárného sboru. Kromě toho sluší uvážiti, že opatření výboru tohoto, pokud by k nim jinak bylo třeba zákona, podléhají kontrole ústavního soudu (odst. 13. § 54 úst. list.), kdežto císařská nařízení s provisorní mocí zákona podle § 14 rakouského zák. o zastup. říše byla soudy nepřezkoumatelná; tak se aspoň vyvinula praxe a panující mínění v nauce.

Mlčením lze tedy pominouti hlas, který hodil normotvornou činnost stálého výboru podle § 54 úst. list. do jednoho koše s „císařskými nařízeními podle rakouského známého § 14“.

V republice zvláštní pozornosti zasluhuje otázka, jaké postavení má president republiky vůči parlamentu. Jednali jsme už o § 47 a 48 úst. list. Zde nás zajímají §§ 28 násl. úst. listiny. Tyto předpisy jsou výsledkem dlouhých úrad nejen v lůně vlády, nýbrž mezi stranami a v ústavním výboru samém. Nechci zde opakovati, co v té příčině uvádí vládní důvodová zpráva.

Nebylo přistoupeno na dosavadní system přijatý naší prozatimní ústavou, nýbrž president republiky dostal právo svolávati sněmovny, odročovati je, prohlašovati zasedání jejich za ukončené a rozpouštěti sněmovny.

Co se týče svolávání sněmoven k zasedání, trvaly návrh můj i vládní na tom, aby nebyly fixovány termíny, v kterých sněmovny se scházejí. Důvody toho jsou na snadě. V ústavním výboru prošel však nynější § 28 odst. 1. úst. list., podle kterého president republiky je povinen svolati obě sněmovny ke dvěma řádným zasedáním v roce: jarnímu a podzimnímu. Jarní musí se začíti v březnu, podzimní v říjnu.

Kdo trvali na automatickém scházení se sněmoven v určité době (na př. 1. pondělí v měsíci březnu a p.), resp. kdo nechtěli přiznati moci vládní a výkonné právo vykonávati za parlament vliv sub specie práva svolávacího, báli se možnosti, že by práva toho mohlo někdy býti zneužíváno — ústava nedělá se jen pro určitého presidenta republiky. Aby bylo čeleno těmto obavám, stylisován byl 2. a 3. odst. § 28 v nynější podobě. Odst. 2. § 28. zaručuje bezpečné sejítí sněmoven za předpokladů tam uvedených i přes hlavu presidenta republiky! Odst. 3. § 28 chrání dokonce (značnou) menšinu dvou pětin. I v tomto bodu projevuje se snaha našich zákonů chrániti také menšiny.

Dlouho bylo uvažováno o znění § 29 úst. list. Na konec zvítězilo znění nynější, ačkoli všem bylo dobře známo, že i toto řešení má slabé stránky. Ale jiné by mohlo míti stránky ještě slabší.

Ústavní listina operuje s pojmem „ukončení“ a „odročení“ zasedání, nepodala však vědomě definice těchto pojmů. Stanoviti to bylo vyhrazeno jednacím řádům, které v této příčině mají ustanovení. Z nich je patrno, že „ukončení zasedání“ má v naší republice podstatně jiný smysl, než v bývalém Rakousku. Při ukončení šlo hlavně o to, aby nemusily všecky dosavadní práce padnouti pod stůl. Musilo však býti také hleděno na to, aby nemohlo býti pokračováno v jednání o věcech, pro které právě došlo k ukončení zasedání. Srovn. § 4 jednacích řádů (pro sněmovnu poslaneckou a senát).

2. odst. § 30 chce býti ochranou parlamentu proti moci vládní a výkonné.

Výše už jsem řekl, že jsem byl pro nerozpustitelnost senátu;

nikoli z nějakého reakcionářství, které s touto otázkou podle mého názoru nesouvisí. Přesvědčily mne důvody pro takové řešení jinde uváděné. Byl jsem však také pro to, aby sněmovna poslanecká mohla býti rozpuštěna jen se souhlasem senátu; tento můj návrh neprošel ani ve vládě.

Při § 31. úst. list. upozorniti je zejména na to, že rozpuštění nemusí se týkati obou sněmoven zároveň, jak bylo původně navrhováno. Srovn. také 1. větu 1. odst. § 54. úst. list.: „V době od rozpuštění některé sněmovny." Někteří chtěli rozpouštěcí právo presidentovo sešněrovati různým způsobem, na př. ustanovením, že toho práva smí užíti pro tutéž sněmovnu jen jednou za tři léta. Na konec zbylo jen omezení formulované v 2. odst. § 31. úst. list., podle kterého president republiky nesmí sněmovnu rozpustiti posledních šest měsíců svého volebního období. Důvodem tohoto ustanovení byla úvaha, že by některý příští president republiky si mohl dělati rozpuštěním sněmoven náladu pro své zvolení (§ 38. úst. list.).

Bude věcí zákona předpokládaného v § 79. úst. list., aby provedl ustanovení 3. odst. § 31. úst. list. o tom, že rozpuštění senátu nestaví trestního řízení zahájeného před senátem podle §§ 67. a 79. úst. list.

Každý stát vyžaduje k zdárnému rozvoji toho, aby ve státě byl proveden princip rovnosti jednotlivých „mocí". Záleží zvláště mnoho na správném upravení moci zákonodárné a vládní i výkonné. Proto velikou váhu jsem kladl, i ústavní výbor, na hlavu třetí naší ústavní listiny.

Šlo v první řadě o právní postavení presidenta republiky, resp. o jeho poměr k vládě, zvláště pokud se týče účasti obou činitelů na moci vládní a výkonné. Narážíme tu na problem, který se vyskytl a byl i literárně přetřásán už se zřetelem k provisorní naší ústavě. Po vzoru cizích států kladl se důraz na zachování jednotnosti moci vládní a výkonné. Byly vyslovovány obavy před rozpoltěním vládní a výkonné moci ve dví.

Naše ústavní listina znovu se postavila na princip dělby moci vládní a výkonné mezi dva nejvyšší činitele: presidenta a vládu (§ 64. 2. odst. úst. list.). Můj návrh § 64. úst. list. začínal touto větou, kterou jsem chtěl theoreticky zachrániti jednost moci vládní a výkonné: „President republiky je představitelem moci vládní a výkonné, kterou s výjimkami níže stanovenými provádí

odpovědnou vládou a úřady této podřízenými.“ Dával jsem tím na jevo, že moc vládní a výkonná in thesi představovaná ve své totalitě presidentem republiky, jest jím přímo prováděna pouze v případech, které jsou vypočteny v § 64. úst. list., kdežto všecku ostatní moc vládní a výkonnou provádí president vládou.

Vládní důvodová zpráva promlouvá o tom, jaké výhody mají přímé volby hlavy státu lidem a proč se přes to sahá k volbám nepřímým. Naše ústavní listina přiklonila se k principu volby nepřímé: Národním shromážděním a to ve společné schůzi obou sněmoven (§ 38. úst. list.). Prvnímu presidentovi naší republiky přiznáno bylo výjimečné postavení hlavně dvojím směrem: neplatí proň omezující ustanovení 4. odst. § 58. úst. list. o tom, že „kdo byl presidentem po dvě po sobě jdoucí volební období, nemůže opět zvolen býti, dokud od skončení posledního období neuplyne sedm let.“

Kromě toho nebyla pro novou volbu I. presidenta naší republiky přijata, resp. nemohla býti přijata, lhůta 4 neděl, uvedená v 3. odst. § 58. úst. list. Čl. V. uvoz. zákona pouze stanoví, že dosavadní (první) president republiky zůstává ve svém úřadě, pokud nebude provedena volba nová. Chtělo se tím říci, pokud president Masaryk nebude znovu zvolen podle ustanovení § 56. násl. úst. list., spočívá jeho mandát na volbě revolučním Národním shromážděním provedené. Že první president musí se podrobiti volbě nové ve společné schůzi sněmovny poslanecké a senátu, je samozřejmé a jest se diviti tomu, jak se mohly vyskytnouti v denním tisku názory opačné. Uvoz. zák. čl. V. vědomě byl stylisován tak, jak je; nebyla volena formulace tato: dokud nebude zvolen nový (jiný) president republiky.

Různé výklady, jichž se stran pravomoci presidenta republiky dostalo prozatímní ústavě, přiměly ústavní výbor, že jasnou stylisací zjednal jasno v této tak důležité a choulostivé otázce. Nechci se zde o otázce zbytečně šířiti. Jen poznamenávám, že bylo mezi jiným tvrzeno a houževnatě hájeno, jakoby president republiky byl sukcedoval ve všecka práva císaře rakouského, pokud je to srovnatelné s republikánskou formou našeho státu. Na základě tohoto názoru právního bylo pro presidenta republiky vindikováno — podle mého názoru nesprávně — právo potvrzovati volbu okresního starosty atd. Ústavní listina v druhém odstavci § 64. vedla jasnou hranici mezi působností presidenta re-

publiky a vlády. Aby nebylo možno odvolávati se na ty velice četné předpisy bývalého Rakouska, povolávající císaře k vládním úkonům, stanoví 2. odst. § 64. úst. list., že veškerá moc vládní a výkonná přísluší vládě, pokud ústavní listinou nebo zákony Československé republiky vydanými po 15. listopadu 1918 není nebo nebude výslovně vyhrazena presidentovi republiky. Praesempce tedy mluví pro pravomoc vlády, zvláštního právního titulu je třeba při presidentovi republiky. Tím se naše ústava značně nachýlila ke vzoru švýcarské Federace.

Snahou ústavního výboru bylo, aby president republiky vypraven byl těmi atributy, jež v zájmu státním mají býti soustředěny u hlavy státu, a takovými právy, jichž výkon může sám přehlédnouti, míti v rukou.

Jest přirozeno, že ústavní výbor musil vésti jasnou zásadní hranici mezi působností presidentovou a vlády — 2. odst. § 64. Je věcí specielního zákonodárství, aby provedlo nutné remedury. Obyčejné zákony jsou k tomu v určitých mezích povolány. Ústavní výbor vycházel ze zásady, že obyčejné zákony mohly by presidentovi republiky přiznati další obor působnosti, že arci působnost presidentova vymezená pod č. 1.—11. § 64. 1. odst. úst. list. je postavena pod sankci ústavy, že by tedy jen ústavní zákon mohl presidentovi na př. odníti resp. více omeziti právo vraceti zákony (čl. 5. § 64.) a p.

Po vzoru zvláště francouzském byl jsem pro nařizovací právo presidenta republiky, třeba omezené; upravena byla v návrhu také otázka podepisování a vyhlašování takových nařízení presidentových. Ústavní výbor — z důvodů, jimž nelze odepříti váhy — na můj návrh nepřistoupil.

K jednotlivým bodům § 64. úst. list. není třeba zvláštních výkladů. Do tuha šly boje o č. 7.: stanoví počet ministrů. Tento bod sluší vykládati v souvislosti s §§ 85., 89. a 90. úst. l.

Naše ústavní listina hájí zásadu, že president republiky je neodpovědný (politicky a právně.). Trestně může býti stihán jen pro velezradu (po vzoru francouzském.). Z neodpovědnosti presidentovy plyne jako něco samozřejmého, že někdo jiný odpovídá za presidenta. Vládní důvodová zpráva obšírněji vyličuje stav otázky podle práva anglického, francouzského a amerického. Je z toho patrno, jak citlivi jsou Francouzi a Angličané v těchto otázkách a jak divné názory byly projevovány u nás v českých

listech. Reaguje vědomě na tyto projevy, ústavní výbor pojal do § 66. úst. list. větu: „Z projevů jeho souvisících s úřadem presidentovým odpovídá vláda.“ § 68. prohlašuje uznanou zásadu, že jakýkoli presidentův úkon moci vládní nebo výkonné potřebuje k své platnosti spolupodpisu odpovědného člena vlády. Jest až ku podivu, jak se u nás někdy úzce vymezuje pojem vládního úkonu. I praxe by mohla býti rigorosnější. Stačí odkázati na praxi anglickou a francouzskou, vylíčenou v důvodové zprávě vládní, kde se zároveň varuje před pokusem chtíti v ústavní listině definovati pojem vládního úkonu. Francouzové formulují věc tak, že jsou pouze dva úkony presidenta francouzské republiky, které nepotřebují spolupodpisu resp. spolupůsobnosti člena vlády: podání demise a presidování národním slavnostem.

Jak jsem řekl, plnost moci vládní a výkonné je v rukou vlády (§§ 70. násl. úst. list.). Tato partie se ještě nejvíce přimyká k ústavě prozatimní, která ve svých předpisech o vládě jest odleskem mocenských stranických poměrů. Projevuje se to nejmarkantněji v kolegiální struktuře vlády. Vyjadřuje to jasně §§ 80. a 81. úst. list. Za debat v ústavním výboru vysloven byl názor, jakoby nebylo slučitelné s pojmem vlády ustanovení, že usnášení vlády je na př. možné za kvalifikované presence a kvalifikovanou většinou. Že prý vláda se musí jeviti jako celek, tedy její usnesení že mají býti jednomyslná. S takovými názory nelze souhlasiti. Bylo o tom také jinde uvažováno. Nemohu se zde otázkou obírati. Ústavní listina činí správně, že stanoví někde přísnější podmínky pro usnesení vlády než § 80.

K § 81. písm. c) podotýkám, že úst. listina myslí zde na zvláštní zákonné předpisy. Znamená tedy toto písmeno, že v kolegiální poradě rozhoduje se ve vládě o jmenováních ve třídě VIII. a VII., pokud takové jmenování přísluší (podle zákonodárství platného v rozhodné době) úřadům ústředním. Nemůže tedy jmenování do VIII. a VII. třídy prováděti ministr sám, nýbrž musí akt projednati ve schůzi vlády. Akt jmenovací měl by tedy býti stylisován asi takto: vláda jmenovala Vás, — o čemž Vám dávám zprávu. Ústavní výbor byl si vědom, že v praxi vyskytnou se četné sporné otázky v té příčině, ale nechtěl se obírati podrobnostmi, nepatřícími do ústavní listiny. I jinde nechali kontroversy takové řešiti jinými činiteli resp. ve formě obyčejného zákona.

Jedno z nejdůležitějších práv vlády je právo nařizovací. Jest obmezeno v § 55. úst. list. v ten rozum, že nařízení je možné jen ku provedení určitého zákona a v jeho mezích. Původní návrh zněl: na základě a v mezích zákona. Ústavní listina nechtěla se pouštěti do legální definice nařízení dobře si jsouc vědoma té spousty sporných otázek s problemem souvisících. To lze dobře přenechati theorii a praxi.

Že i v nařízení musí býti uvedeno, který člen vlády je pověřen jeho prováděním, je patrno z § 84. úst. list. („ministři pověření jeho provedením"). Každé nařízení musí býti podepsáno způsobem naznačeným v § 84. úst. list., i když by nařízení takové prováděl ministr jediný. Touto stylisací se vědomě čelilo pokusům o nesprávný výklad v praxi. Že by nařízení mohl podepsati pouze ten ministr, který byl ve schůzi vlády, kde se nařízení projednávalo, arci neplyne z citace § 84. i § 81. úst. list.

*

Pátá hlava ústavní listiny jedná o „právech a svobodách, jakož i povinnostech občanských."

Nešířím se zde o tom, jak theorie hledí k „základním právům" občanským. Pokládám za velikou vymoženost pro občany, že ústavní listina sama ohraničuje jejich právní sféru. Podle mého názoru šlo hlavně o to, která „práva a svobody" mají býti předmětem ústavní listiny, resp. kterým omezením mají „práva a svobody" podléhati. Jest samozřejmé, že zvláště nový, nehotový stát s různorodým obyvatelstvem nemůže v ústavní listině zaručovati práv a svobod občanských beze všech omezení. Omezení v naší ústavní listině připuštěná nejdou podle mého úsudku nad míru nezbytně nutnou. Charakterisoval-li na př. Spiegel (Bohemia ze 4. dubna 1920) naši republiku jako „demokratický stát policejní", nemohu s tím nikterak souhlasiti; jestiť tento odsudek jistě upřílišněný. Musilo by býti při každém článku hlavy páté bedlivě zkoumáno, proč volena příslušná formulace. Nejde tu o formulace jen tak hozené, nýbrž o výsledek pečlivých úvah o tom, co se snáší s potřebami našeho státu v nynějším jeho stavu. Až se poměry zkonsolidují, budeme moci býti liberálnější a méně opatrní. Ostatně srovnávání s jinými republikami, daleko upevněnějšími, staví pátou hlavu naší ústavy do příznivějšího světla, než by se dálo podle úsudku Spieglova.

Než přikročím k souhrnnému ocenění páté hlavy úst. li-

stiny, zastavím se při některých jejích ustanoveních. 1. věta § 106. stanoví pouhou zásadu, která nechce platiti bezprostředně, nýbrž její důsledky mohou býti provedeny jen zvláštními zákony, upravujícími jednotlivé obory právní. Původci úst. listiny měli na mysli známý článek Triepelův, jenž kritisoval korespondující článek říšskoněmecké ústavy. Odst. 2. § 106. je vnitrostátní recepcí příslušných ustanovení mezinárodní smlouvy mezi čelnými spojenými a sdruženými mocnostmi a naší republikou. Zvláštního rozboru by potřebovala věta: „Úchylky od této zásady jsou přípustny jen, pokud právo mezinárodní dovoluje.“ Mohlo by se totiž uvažovati o tom, staly-li se zásady mezinárodního práva v otázce nás zajímající přímým pramenem právním bezprostředně aplikovatelným naší mocí výkonnou či znamená-li óna věta pouze vázanost naší (vnitrostátní) legislace.

K provedení § 107. vydán byl mezi tím zvláštní ústavní zákon.

§ 109. měl původně jinou stylisaci. Byla v něm vyslovena verbis expressis zásada nedotknutelnosti soukromého vlastnictví. Nynější stylisace § 109. jest výsledkem dlouhého a napínavého jednání.

Že právo vystěhovati se může zákonem býti omezenováno i nad rámec vojenské povinnosti, nepotřebuje podle mého názoru zvláštního odůvodňování za nynějších poměrů. Není také žádným takovým obmezením, aby se mohlo mluviti o státu policejním. Ostatně parlament má tu při sdělávání příslušných obyčejných zákonů dosti příležitosti působiti brzdivě.

K § 112. vydán byl mezi tím rovněž zvláštní ústavni zákon (srov. k § 107. úst. list.). Srovnáme-li na př. úpravu shromažďovacího práva ve Francii, uznáme, že naše republika má v této otázce daleko do státu policejního.

Že právnické osoby a združení mají právo petiční a svobodu volného projevu mínění jen v mezích své působnosti, pokládám za samozřejmé. Souvisí to také na př. se zákonem o župních a okresních úřadech. Jinak by hrozilo nebezpečí, že organisace ryze správní by se pouštěly na pole politiky na škodu svého vlastního poslání.

§ 119. zněl původně: Veřejné vyučování budiž podle možnosti zařízeno tak, aby vzdělávalo jen podle výsledků vědeckého bádání.

Nebylo možno prosaditi ustanovení v původním návrhu

(§ 118.) obsažené: Vysokoškolští profesoři jsou jmenováni presidentem republiky k návrhu profesorského sboru definitivně a trvale. Historie boje o odluku církví od státu je všeobecně známá (§ 121. původ. osnovy), jakož i historie ustanovení § 123.: „Právo spravovati své vnitřní záležitosti a své jmění odvozují náboženské společnosti toliko z propůjčení státního. Zákon upraví jen výkon tohoto práva obdobným způsobem jako jiným združením.“

Protože padl § 121. a 123., bylo nutno k vůli zachování původního počtu paragrafů úst. listiny některé původně jednotné §§ roztrhati; tím utrpěla koncisnost některých předpisů úst. listiny.

Ústavní listina, jak patrno, některými ustanoveními jaksi anticipovala odluku církví od státu. Tím se vysvětluje, že chtěla prováděcím zákonům přenechati úpravu všech otázek sem hledících, zvl. také úpravu otázky, pokud a za jakých podmínek náboženské společnosti mají právní nárok i na veřejný výkon „vyznání a náboženství“. Drže se mezinárodní smlouvy častěji změněné, nynější § 122. zaručuje obyvatelům Československé republiky právo vykonávati veřejně i soukromě jakékoli vyznání, náboženství a víru.

Na všeobecná, základní práva občanská, resp. na předpisy hlavy páté úst. listiny nazírá se mnohdy velice skepticky. Praví se o nich, že nemají vlastně významu a ceny, že jsou jakousi ranou do vody.

Jak vládní důvodová zpráva k ústavní listině, tak i zpráva referenta ústavního výboru Dr. Boučka podávají důkaz o tom, že na otázku lze — důvodně — nahlížeti také jinak. Tam také je naznačeno, jaký různý právní význam mají jednotlivé §§ hlavy páté úst. list. Odkazuji zde zvláště na mínění francouzské theorie a praxe.

Ještě na jeden moment zde upozorňuji. Bylo vytýkáno, že pátá hlava až zbytečně odkazuje na obyčejné zákony, které mají prováděti resp. modifikovati některé zásady páté hlavy, ježto prý už podle § 55. úst. list. je jasno, že nařizovací moc se musí opírati jen o zákon. Toho si byli původci ústavní listiny, kteří stylisovali také § 55. úst. list., zcela dobře vědomi. Ale nepokládali v páté hlavě za zbytečné zdůrazňovati, že pouze zákon může prováděti resp. modifikovati v mezích úst. list. některé zásady této listiny. Z téhož důvodu pojali do ústavní listiny

některá, na první pohled zbytečná, t. j. z jiných zásad plynoucí ustanovení. Estetiky právní nestavěli zde před cíle v první řadě praktické.

Šestá hlava jedná o ochraně menšin národních, náboženských a rasových.

Jde tu o recepci příslušných ustanovení mezinárodní smlouvy mezi čelnými spojenými a přidruženými mocnostmi a naší republikou. Jen předpisy §§ 131. a 132. nemusili jsme přejmouti jako články fundamentální. Učinili jsme tak přes to, abychom dali na jevo svou vážnou vůli zabezpečiti menšinám takový byt u nás, aby se cítily v našem státě spokojenými. Nejasnost a nepřesnost mezinárodní smlouvy, o níž je řeč, projevuje se i tu v plné míře. Ukáže se to zvláště při vydávání prováděcích zákonů, o nichž mluví § 133. úst. list.

Nesouhlasím s názorem, jakoby na př. IV. odst. § 128. byl v rozporu se zmíněnou mezinárodní smlouvou. Vždyť odstavec ten vztahuje se také na II. odst. § 128. a je samozřejmo, že výkon dozoru nesmí jíti tak daleko, aby znemožňoval práv v § 128. zaručených. Stát se však nemůže vzdáti na př. práva zakročiti proti tomu, aby někdo na veřejném shromáždění lidu nerušeně mohl podněcovati v cizí řeči proti státu, nabádati k trestným činům a p.

Ustanovení zákona samo o sobě neznamená ještě všechno. Mnoho záleží na jeho provádění. Motto, které jsme dali v čelo své ústavní listiny, odpovídá opravdu naší historii a smýšlení našeho lidu. Máme smysl pro spravedlnost a jako národ v dřívějším státě utiskovaný víme, jak bolí všeliká křivda.

Takto-li hledíme na věc, můžeme plným právem říci — a objektivní a nezaujatí posuzovatelé to uznají —, že jsme se v ústavě postarali i o menšiny tak, že sneseme klidně úsudek objektivní ciziny.

Protože jsem nespolupůsobil při zdělávání zákona jazykového, nejednám o něm ani na tomto místě.

Za velikou přednost ústavní listiny pokládám instituci ústavního soudu, pro nějž jsem po zkušenostech získaných v Rakousku lámal kopí. Ochraně občanských práv v hlavě páté a šesté zaručených dostává se silné opory.

Jak jsem řekl hned na počátku, moje pojednávání nechce býti dogmatickým podrobným výkladem ústavní listiny. K tomu

se dostanu při jiné příležitosti, kde budu také zevrubněji reagovati na kritiky už vyšlé i na ty, které mezitím se objeví.

Ústavní listina chtěla býti jen jakýmsi kořenem, z kterého by vyrůstalo ústrojí naší republiky. Omezovala se na věci nejnutnější, jsouc si vědoma toho, že sebe obšírnější a podrobnější ústavní charta nepostihne všech možností ústavního života.

Zdá se mi, že této jaksi historické studie nemohu skončiti lépe než opakuji-li zde druhou část motta naší ústavní listiny:

Při tom my, národ Československý, prohlašujeme, že chceme usilovati, aby tato ústava i všechny zákony naší země prováděny byly v duchu našich dějin stejně jako v duchu moderních zásad obsažených v hesle sebeurčení; neboť chceme se přičleniti do společnosti národů jako člen vzdělaný, mírumilovný, demokratický a pokrokový. (Pozn. Při citaci smlouvy Saint-Germainské odpadá slovo: mírová).

Nástin župního zřízení.

Dr. K. Laštovka, minist. rada.

I. Republika Československá vzniknuvší na troskách monarchie Rakousko-uherské vyžadovala k zabezpečení své existence a svého dalšího rozvoje pevné konsolidace. Národní shromáždění k tomu konci na místo Národního výboru nastoupivší, vytklo si tyto úkoly:

1. dáti republice ústavu, to jest upraviti ústroj státu a veřejných korporací a ustanoviti základní zásady jich činnosti;

2. upraviti podrobněji činnost státu a veřejných korporací, to jest veřejnou správu;

3. poskytnouti republice branným zákonem dostatečné obrany proti všem nepřátelům vnějším i vnitřním;

4. zabezpečiti vhodnými hospodářskými opatřeními, zejména vybudováním bernictví spořádané hospodářství státní a tak důvěru v hospodářskou zdatnost státu posíliti.

Úkoly ty byly velmi nesnadny a zodpovědny; nutno míti na mysli, že stát náš vznikl ze 2 skupin zemí, jež se na základě staletého vývoje poměry kulturními, hospodářskými, sociálními i právními od sebe značně liší, a dále bylo třeba vítěznou myšlénku demokratisace a stále postupující snahy socialisační uskutečniti

v neurovnaných hospodářských poměrech tak, aby požadavky ty byly uvedeny v souhlas s nezbytným ohledem na zachování a zabezpečení existence státu a jeho potřeb.

Nestranný pozorovatel uzná, že Národní shromáždění těmto velmi nesnadným úkolům vyhovělo za daných poměrů v celku poměrně dobře a že položilo pro další vývoj státu dobré základy.

II. Jedním z takových základních pilířů, na nichž má náš stát bezpečně spočívati, jest organisace okresních a župních úřadů zákonem ze dne 29. února 1920, č. 126 sb. z. a n.. usnesená. Úřady těmito byl zahájen prvý krok k rozsáhlé reformě vší veřejné správy ve státě našem. Již Národní výbor, který podle zákona ze dne 28. října 1918, č. 11 sb. z. a n. byl vykonavatelem státní svrchovanosti samostatného státu československého, otázkou tou se obíral a pronikavou reformu za nutnou pokládal.

Rovněž i veřejnost věnovala otázce pozornost a byly pronášeny a uveřejňovány četné návrhy a podněty namnoze rázu všeobecného, málo propracované a k daným poměrům nedostatečně přihlížející.

Záhy nabylo v odborných i politických kruzích převahy mínění, že nelze najednou c e l o u v e ř e j n o u správu zreformovati, ba že nelze ani celý obor v n i t ř n í správy podrobiti nové úpravě, nýbrž že nutno postupovati po etapách se stálým přehledem k daným poměrům a potřebám toho kterého odvětví správy.

Tím se vysvětluje, že Národní výbor sám při reformě veřejné správy měl v prvé řadě na mysli užší obor její, totiž tak zv. správu politickou, a že, když byly zřízeny nejvyšší úřady ústřední, úkol ten spadl na ministerstvo vnitra.

Úkol ten nebyl lehký. Stát náš skládá se z 2 skupin zemí, totiž jednak ze zemí bývalé koruny svatováclavské, (Čech, Moravy a Slezska), jednak ze Slovenska a Podkarpatské Rusi. Obě tyto skupiny byly takměř po 1000 let politicky od sebe odloučeny a každá skupina byla částí jiného státu. V každém pak státě vytvořila se veřejná a zejména vnitřní správa způsobem různým.

1. V Čechách, na Moravě a Slezsku od Marie Terezie začínal tuhý centralismus a byrokratismus, který teprve po roce 1848 a jen po velikých bojích část vnitřní správy (a to hlavně ve směru hospodářském) celkem ne značnou, přenechal občanskému živlu ve formě autonomních korporací (obcí, okresů, zemí).

V dalším vývoji nebylo na tomto rozdělení vnitřní správy mezi orgány státní a samosprávné v zásadě nic měněno. Úkoly veřejné správy stále stoupaly, zejména na poli hospodářském a sociálním, ale svěřovány byly jen úřadům státním, hlavně politickým. Působnost samosprávy, jak byla v letech šedesátých minulého století stanovena, zůstala celkem nedotčena a nerozšiřovala se.

Ale ani ve výseku autonomii vyhraženém autonomní korporace (obce, okresy a země) z počátku nejevily ani chuti a také neměly ani dosti finanční možnosti, aby mohly působnosti jim svěřené plně využitkovati; později pak stát již sesílil, zejména od té doby, co říšská rada, na základě všeobecného hlasovacího práva zvolená, jala se zabývati rozsáhlými úkoly sociálními a hospodářskými a pak již ústřední vláda opírajíc se o parlament a nesena snahami silně centralistickými a našemu národu nepřátelskými, dovedla dalekosáhlejší snahy autonomie po uplatnění se ve veřejné správě buďto vůbec mařiti anebo aspoň oddalovati a oklešťovati. Boje zemských výborů a sněmů o uplatnění kompetence na př. na poli elektrárenském, školství odborném a p. jsou toho dokladem. Tak se stalo, že jsme vkročili do nového státu v zemích, jež byly dříve částkou Rakouska, se správou vnitřní, jež byla rozdělena jednak mezi orgány státní, jednak samosprávné, při čemž však daleko největší část úkolů vnitřní správy obstarávaly orgány státní; mezi nimi pak jako úřady všeobecnou kompetencí nadané, jsou na prvém místě politické úřady zákonem ze dne 19. května 1868 č. 44 ř. z. zřízené, totiž v prvé stolici okresní hejtmanství (v Čechách 104, kromě toho 8 politických expositur, na Moravě 36, ve Slezsku 9), v druhé stolici místodržitelství (v Čechách a na Moravě) a zemská vláda ve Slezsku.

Vedle těchto úřadů politických ustupují úřady státní, zřízené pro určité přesně vymezené úkoly vnitřní správy celkem do pozadí, na př. státní úřady policejní (policejní ředitelství v Praze a Brně, policejní komisařství v Plzni a Moravské Ostravě, pohraniční policejní komisařství v Podmoklech, Chebu a Bohumíně), úřady školské (okresní, zemské školní rady), úřady pro agrární operace na Moravě a Slezsku, úřady horní a pod. Bližší vylíčení dosavadní organisace úřadů státních i samosprávných podává důvodová zpráva k osnově o župním zřízení připojená.

2. V Uhrách byla vnitřní správa od dávných století vyko-

návána autonomními korporacemi, totiž municipiemi, jednak městskými, jednak venkovskými, či-li komitáty. Časem však se jednak od této správy autonomní oddrobovaly a odlučovaly jisté obory a svěřovány byly zvláštním orgánům státním, jednak stále silněji projevovala se snaha autonomii municipální ve prospěch zájmů celostátních oslabiti, což se také celkem ve formě silného dozoru důvěrníka vlády, vrchního župana, podařilo. Podrobnější výklady o vývoji župního zřízení v Uhrách podává dr. Kalousek: Věstník minist. vnitra 1920 čís. 1.

III. Vady dosavadní správy vnitřní v Rakousku politickými úřady a orgány autonomie místní vykonávané, v Uhrách pak municipiemi prováděné, byly předmětem četných výtek.

1. V Rakousku poprvé zcela nezahaleně byla nedostatečnost dosavadní organisace správy vnitřní přiznána ve známých Körberových studiích z r. 1904. Tyto studie staly se východiskem četných dalších podnětův a studií o reformě správy, takže konečně byla vláda donucena k tomu, že zřídila po vzoru pruské immediatní komise r. 1911 zvláštní komisi pro reformu správy. Bohužel však byla otázka čistě správní zbytečně splichťována s otázkou národnostní specielně se snahou rozřešiti národnostní spor českoněmecký v Čechách a to ve prospěch německých požadavků.

Celkem lze říci, že projekty, směřující k reformě vnitřní správy, sledovaly tyto cíle:

a) odstraniti dualismus správy,

b) zavésti zřízení krajské.

c) vedle toho nabývala v poslední době zvýšené pozornosti i otázka reformy úřadování, tedy služby úřední vůbec.

Veřejnost česká politická i odborná se proti snahám těm stavěla a to z počátku hlavně z důvodů politických a národnostních, později i z vážných důvodů věcných.

a) Dualismus správy, tak zv. dvojí kolej, byl sice všeobecně pociťován jako zlo, ale zlo to mělo býti zhojeno neb aspoň zmírněno přesným vymezením kompetence a to ve prospěch autonomie, totiž tak, že by politické úřady některé své úkoly svěřily úřadům autonomním (okresním a zemským výborům).

b) Zřízení krajské bylo vůbec odmítáno, ježto znamenalo buď odstranění zemí, tedy departementisaci jich nebo zrušení okresů. Oboje korporace, i okresy i země však byly takměř po-

svátnou záštitou našich snah o zachování naší samobytnosti, naproti nepřející Vídni.

c) Reforma úřadování byla uznávána všeobecně za nutnou, ale nečinila žádných větších pokroků hlavně proto, jelikož vyžadovala většího nákladu, pro který se vláda nemohla rozhodnouti.

2. Na Slovensku municipální zřízení s malými obvody s přečetným úřednictvem vyžadovalo rovněž nápravy.

V tom směru uherská vláda r. 1891 předložila zajímavý návrh na postátnění veškerého municipálního úřednictva, čímž by úřednictvo to stalo se neodvislým od činitelů místních a pracovalo v zájmu celku, ale snahy její, přes to, že myšlenka tato byla v parlamentu přijata, nepotkaly se s úspěchem.

IV. Za války reforma správy a to ve formě vysloveného německého protislovanského centralismu byla předmětem četných návrhů, a to jak v lůně vlády (osnovy Clam-Martinicovy), tak i v literatuře (na př. anketa o postavení korunních zemí v rakouské ústavě v Öster. Zeitschrift f. öff. Recht), ale snahy ty průběhem války pozbyly podkladu. Jediné, co bylo z toho uskutečněno, totiž zřízení krajské v Čechách, zavedené nařízením ze dne 19./5. 1918 čís. 175 ř. z., bylo zrušeno nařízením naší vlády ze dne 11./12. 1918 čís. 84 sb. z. a nař.

V. V takovém stadiu převzal náš stát politickou správu jednak v Čechách, na Moravě a Slezsku, jednak na Slovensku. Utěšený nebyl a vady jeho ukázaly se po převratu v plném rozsahu. Že přes to správa celkem i v této vážné době šla, nutno přičísti k zásluze v přední řadě úřednictvu, jež s plnou svědomitostí úkoly svoje plnilo přese všechny útoky na ně činěné.

Náš stát byl přímo životně nucen k tomu, aby podnikl pronikavou reformu veřejné správy a to z důvodů jednak věcných, totiž, aby byla správa rychlejší, levnější a úspěšnější, jednak z důvodů politických. Nebylo lze připustiti, aby v malém státě, který se teprve musí konsolidovati a kterého nad to čekají nesnadné úkoly národohospodářské a sociální, poměry válečnými způsobené, byla ponechána organisace, jež jednak jest v různých částech od sebe diametrálně různá, takže není v ní žádné jednotnosti, jednak jest z podstatně jiných hledisek a pro jiné úkoly vybudována (byla ve službách dynastie a německorakouského nebo maďarského imperialismu). Nad to pronikavá změna organisace byla jediným prostředkem, aby občanstvo ve smyslu

demokracie bylo k spolupůsobení ve správě přibráno a aby byly snahy separatistické na míru přípustnou omezeny, vědomí příná-ležitosti ke státu sesíleno a splynutí veškerého obyvatelstva co možná brzy provedeno.

Ministerstvo vnitra ujalo se bezodkladně práce; šetření jím provedená ukázala, že požadavek silné demokratické správy byl všeobecně uznáván. Rovněž byla všeobecně žádána unifikace správy, totiž odstranění dvojí koleje a sjednocení celé správy pokud možno v úřadech jediné kategorie.

Pochybnosti však vyskytly se již v tom, jaké nové organisace úřední mají býti vytvořeny.

Na jedné straně stáli zástupci žup jednak středních asi jako ve Francii departementy, jednak velkých jako pruské provincie. V druhém táboře byli zástupci zemí žádající zachování zemí jako obvodů správních a zřízení malých žup, jež by obsahovaly 2—5 dosavadních okresů autonomních.

Pokud jde o princip organisace úřadů, tož bylo z toho tábora doporučováno (po vzoru ústavy státu Rakouského), aby volené sbory, totiž zemské a okresní výbory staly se zásadně nositelem veřejné správy.

VI. Vládní osnova zřízení župního opírá se o tyto úvahy:

1. Reforma obmezuje se na správu vnitřní, totiž tu správu, kterou dosud obstarávaly v Čechách, na Moravě a ve Slezsku úřady politické I. a II. stolice a okresy zastupitelské, resp. silniční výbory a zemské výbory, na Slovensku pak župy a jich správní výbory. Že jest to přerozsáhlý obor veřejné správy, bylo již výše řečeno.

Ostatní úřady státní byly z reformy prozatím vyloučeny a zůstaly tedy ve své působnosti nedotčeny; ale jednotnost a levnost správy a pohodlí občanstva vyžadují toho, aby některé z těchto úřadů byly zrušeny, neb aspoň s politickými úřady v úzký styk přivedeny; sem patří na př. úřady školské a úřady provádějící agrární operace. Atomisace správy, podporovaná zřizováním zvláštních odborných úřadův pro specielní výseky správy veřejné, byla tedy uznávána za nevhodnou.

2. V této správě vnitřní provedeno soustředění správy pro určitý obvod vždy v rukou jediného úřadu státního, totiž v první stolici úřadů okresních, v druhé stolici úřadů župních.

Provedeno tedy plné postátnění vnitřní správy a dosavadní autonomie okresní a zemská jako veřejná správa vykonávaná z vlastního práva a bez závislosti a součinnosti se se státní správou plně odstraněna. Tak tedy vymizí neblahý dualismus správy a lze doufati, že přečetné spory kompetenční, které dříve mezi státními a autonomními úřady vzcházely vzhledem k nejasnosti zákonodárství a k nevhodnému rozdělení finančního břemene a které vlastní činnost správy velmi protahovaly, budou konečně na prospěch rychlého a úspěšného obstarávání správy odstraněny.

3. V této správě státní účastní se jednak element byrokratický, totiž státní úřednictvo státní službu jako povolání vykonávající, jednak občanstvo. Spoluúčastenství a to velmi rozsáhlé občanstva ve veřejné správě jest požadavek demokratisace veřejného života.

Jde tu o to, aby občanstvo, jako má již rozhodující vliv v moci zákonodárné, mělo tentýž rozsáhlý vliv i na provádění zákonů, tedy aby ono netoliko si zákony dávalo, nýbrž, aby ono je i samo provádělo. Občanstvo účastní se veřejné správy ve formě sborů, v nichž měli zasedati jednak členové volení, jednak (jednou třetinou) jmenovaní. Členové měli býti voleni všeobecným hlasovacím právem s poměrným zastoupením; při tom pro okresní výbory byla (aby nebylo voleb celkem nákladných mnoho) vzata v úvahu i volba nepřímá. Občanstvu pak vyhražena byla v zásadě

a) působnost, kterou dosud měly okresy a země po stránce hospodářské a správní a po stránce poradní ovšem v míře rozsáhlejší a přesněji i šířeji vymezené.

b) nad to vykonává občanstvo velmi rozsáhlý vliv na rozhodování veřejnoprávních sporů a to v celém oboru správy vnitřní. To jest dalekosáhlá a pokud známo, ještě nikde v tom rozsahu neuskutečněná novota. Kdežto dosud občanstvo organisované v okresních a zemských výborech bylo obmezeno na rozhodování sporů celkem v malém oboru veřejné správy, bude nyní občanstvo zasahovati do veškeré správy, tedy i do onoho rozsáhlého oboru, jenž dosud byl vyhražen správě politické čistě byrokratické. Ovšem s druhé strany komplikovanost tohoto rozhodování a dosavadní zkušenosti vedly k tomu, že rozhodování sporů je

svěřeno senátům (jurisdikčním), v nichž vedle zástupců občanstva zasedá jako předseda i úředník státní, zpravidla právník.

Toto správní soudnictví skrze občanstvo vykonávané jest jistě nejdalekosáhlejším uskutečněním požadavku demokratisace správy a bylo možno se k tomu odhodlati jen na základě celkem příznivých zkušeností, kteréž ze správního soudnictví v autonomní správě vzešly. O správním soudnictví připraven podrobný zákon jak o organisaci senátů jurisdikčních tak i o řízení před nimi. Pro krátkost doby bylo však možno projednati pouze prvý díl (o organisaci senátů jurisdikčních).

c) župní zastupitelstva vykonávají posléze i jistou působnost zákonodárnou, ovšem, v zájmu státu a jednotnosti jeho značně obmezenou.

Poměr působnosti občanstva a byrokratického elementu byl rozřešen tak:

1. že působnost občanstva byla vymezena měrou sice velmi rozsáhlou, ale přece jenom taxativně naproti činnosti úřednictva.

2. že zástupci byrokracie zasedají i ve sborech občanských a to jednak jako předsedové těchto sborů, jednak jako členové jich (pro informaci a jako referenti).

3. že výkon usnesení občanských sborů jest vyhražen jenom úřednictvu, jež však stojí pod kontrolou občanstva.

Tímto spolupůsobením úřednictva s občanstvem bylo dosaženo tak zv. organického sloučení samosprávy se správou státní, jež v poslední době na př. prof. dr. Rauchbergem bylo zastáváno. Tento moment má velký význam. Bylo uznáváno, že jen tak bude lze úřednictvo učiniti občanstvu bližším a že jen tak úřednictvo nabude pocitu a vědomí své zodpovědnosti a i radosti z práce. Naproti tomu občanstvo nabude zájmu ve správě a bude moci stále nové a nové podněty do správy veřejné v zájmu rychlé a poměrům včas vyhovující správy přinášeti.

4. Toto úzké spolupůsobení občanstva ve vnitřní správě vyžaduje ovšem přiměřené organisace úřední co do věcné i místní příslušnosti. Tu jde o to, ustanoviti jakou příslušnost mají míti úřady, jaké jsou jejich obvody a kolik má býti instancí. V prvé otázce bylo navázáno všeobecně na dosavadní kompetence politických úřadů a autonomních okresů a zemí, ježto nebylo možno kompetence ty enumerativně vypočísti; pokud jde o obvody, byly navrženy župy střední velikosti a okresy celkem

v mezích dosavadních okresů soudních po př. menších hejtmanství. Při tom hranice dosavadních zemí nemusely býti šetřeny; co se týče instancí, bylo uznáváno, že by při reorganisaci nejvyššího správního soudu a vybudování správního soudnictví pořad dvou instancí správních postačil.

5. Župy a okresy byly finančně dostatečně vybaveny, aby mohly úkoly své plniti. Dosavadní finanční výsost autonomních korporací byla naprosto nedostatečná. Obmezovala se, nehledíme-li k obcím, jen vlastně na přirážky a na několik málo samostatných dávek. Vedle toho tu byly u zemí a v Uhrách u žup příděly ze státní pokladny.

Všechny pokusy o úpravu financí autonomních za Rakouska nevedly k cíli. Stát nechtěl finanční výsost autonomie, jež namnoze proti němu vystupovala, nijak posilovati a sebe pramenů příjmů zbavovati.

V našem státě, kde jde o jednotnou správu státní, těchto obav není a proto byla finanční výsost žup i okresů dosti dobře vybudována. Ovšem nelze upříti, že finanční opatření žup a okresů mohlo by zasáhnouti do finanční politiky státu a proto bylo aspoň pro přechodnou dobu nutno vyhraditi státu silný finanční dozor.

To jsou hlavní zásady, na nichž byla osnova vládní vypracována. Osnova ta nebyla však přímo předložena Národnímu shromáždění, nýbrž dána k disposici jeho ústavnímu výboru, kterýž ji v četných mnohdy velmi úporných poradách za referentství poslance Malypetra projednal a potom ve smyslu § 14. a 17. jednacího řádu (zákon ze dne 9. listopadu 1918 čís. 36 a zákon ze dne 16. ledna 1920 čís. 33 sb. z.) se svými dodatky a změnami za vlastní osnovu přijal a Národnímu shromáždění zprávou ze dne 24. února 1920 tisk. čís. 2422 předložil.

Osnova ústavního výboru shoduje se celkem s osnovou vládní. Nehledíme-li ku stylistickým změnám, jsou značnější změny tyto:

1. Právo vlády, jmenovati členy okresního výboru a okresního zastupitelstva bylo obmezeno časově a místně, totiž jen na Slovensku a jen do 1. ledna 1940. Při tom jsou členové voleni vždy na celé období; od principu částečného obnovování bylo tedy v souhlasu s volbami do jiných sborů veřejných upuštěno. Členové sborů občanstva (i žup i okresů) voleni jsou veskrz všeobecným hlasovacím právem s poměrným zastoupením

(dle období volebního řádu do sněmovny poslanecké a obcí ; sr. zákon ze dne 14. dubna 1920 čís. 330.).

2. Dosavadní kompetence okresních a zemských výborů ve správě obecní a dozor nad okresy byly přeneseny na nově volené sbory, kdežto dle osnovy vládní měly spadnouti, pokud by nešlo o správní soudnictví, na úřady okresní, resp. župní, které si měly v případech nařízením určených vyjádření zvolených sborů vyžadovati a v jistých případech měly býti jimi vázány. Rovněž v některých směrech bylo spolupůsobení volených sborů zákonem stanoveno, kdežto v osnově to bylo vyhraženo nařízení.

Podstatnou změnou a to jak bylo řečeno, porušením základních zásad, jsou tyto předpisy.

3. Pokud jde o ustanovování úřednictva a zřízenectva, mělo býti podle osnovy veškeré úřednictvo státním a tedy mělo býti zřizováno jen, když by to stát uznal za nutné; zákon však ponechal voleným sborům, aby při ústavech a podnicích župních a okresních samy místa systemisovaly a obsazovaly, ovšem se souhlasem přednosty úřadu.

4. V rámci jednotlivých zemí, totiž jednak v Čechách, jednak na Moravě a Slezsku, jednak na Slovensku byly zřízeny obligatorně župní svazy s přesně vymezenou kompetencí.

Ústupkem tímto mělo býti vyhověno námitkám těch, kdož chtěli zachovati zemskou autonomii a viděli v zemích starobylé a vžité organisace.

Vláda ovšem vycházela z názoru, že jest tu nyní jediný stát, náš jednotný, a že v něm jest jenem jediná povinnost občanstva, totiž láska k tomuto celému státu.

5. Správní soudnictví bylo upraveno jen, pokud jde o organisaci a příslušnost, zákonem ze dne 9. března 1920 čís. 158, kdežto úprava řízení byla vyhražena zvláštnímu zákonu.

6. Rovněž postup instancí měl býti dle resoluce upraven zvláštním zákonem a při tem zejména vzata v úvahu i reorganisace nejvyššího správního soudu.

Několik poznámek k chystané reformě práva občanského.

Prof. Dr. Jan Krčmář.

1. Před několika lety, když byly skončeny práce, které bylo lze nazvati reformou rakouského práva občanského, zaujal jsem v článku nesoucím podobné jméno[1]) postoj k otázce, zda-li by bylo důvodno přikročiti k nové kodifikaci občanského práva v Rakousku. Článek byl vyvolán některými hlasy radícími k takové kodifikaci a zejména k příklonu k občanskému zákoníku pro říši německou.[2]) Posléz uvedená skutečnost asi nepřekvapuje. Vládloť tehdy heslo Středoevropanství. Postavil jsem se tehdy, nechávaje stranou hledisek obecně politických, z důvodů, jak mám za to, věcných, proti takovým počinům a snažil jsem se přihlížeje k některým vlastnostem právního řádu soukromého dokázati správnost svého nazírání.

Dnes, za poměrů zcela změněných, se stala reforma práva občanského aktuální znovu a je z vážných důvodů, kterých není tu třeba rozbírati, rozhodnuto nejen, že k takové reformě je přikročiti, nýbrž i jakým způsobem je postupovati. Heslo jest asi toto: Opatrná revise občanského zákoníka. Umínil jsem si přihlédnouti při této příležitosti k některým jiným vlastnostem právního řádu soukromého, jsa veden snahou upozorniti na otázky, které při pracích, jaké nás očekávají, nebudou snad bez významu.

2. Nevím, zdali můj názor není klamný a vysvětlitelný tím, že právu soukromému věnuji po léta již svou péči. Ale jsem pevně přesvědčen, že málo která z větví právního řádu je v pohybu tak neustálém jako větev, kterou jsme si navykli nazývati právem občanským. Důvodem jsou četné styčné body, které má toto občanské právo s ostatním právním řádem. Je totiž pozoruhodno, že onen pohyb není z pravidla způsoben tím, že by se občanské právo a jednotlivá jeho ustanovení měnila expressis verbis nebo podle principu kodifikačního. Tímto způsobem, jak jsme toho svědky, právo občanské se podrobuje změnám řídčeji, než jinaké větve právní.[3]) Avšak mění se instituce občanskému

[1]) Sborník věd právních a státních XVII. str. 1. sl.

[2]) Sr. Adler Recht und Wirtschaft, sv. V. květen 1916 str. 111. sl.

[3]) O některých důvodech tohoto zjevu bude promluveno níže.

právu hodně vzdálené, jako právo živnostenské, stavební, ustanovení o sociálním pojišťování (úrazovém, nemocenském, starobním) a v nových ustanoveních se setkáváme s lecčíms, co se dotýká tím neb oním způsobem dosavadního práva občanského. A tyto změny práva občanského mívají leckdy ráz jakýchsi změn nevědomých, jejichž dosah v oboru práva občanského nebývá ihned patrný a někdy třeba po dlouhou dobu patrný. Vzpomínám si na episodu, která se stala tuším roku 1906. Albín Bráf byl tehdy v panské sněmovně referentem o osnově zákona o pensijním pojištění osob postavených ve službě soukromé.[4]) Hovořil se mnou o tomto referátě a poznamenal s obvyklým sarkasmem ve výrazu a nevzácnou u něho hyperbolou ve slovech: S hrůzou jsem si uvědomil, že jsme jen tak mimochodem reformovali celé dědické právo. Episoda tato je nápadným dokladem, jak rozmanité zákony zasahují do struktury občanského práva, a jak snadno, měníce ta neb ona ustanovení právní, octneme se na poli občanského práva. Ostatně se poučíme o těchto věcech dostatečně, nahlédneme-li do kterékoli důkladnější učebnice nebo příručky občanského práva, kde se to mihá citáty z nejrozmanitějších zákonů, které důrazně nebo jen zlehka modifikovaly nebo doplnily to neb ono ustanovení občanského práva. Dokladem, v jak nečekaných souvislostech se setkáváme s ustanoveními zajímajícími vykladatele občanského práva, může býti § 14 odst. 3. cís. nař. ze dne 15. září 1915 č. 278 ř. z., v němž se dočítáme ustanovení, kterého lze s prospěchem užíti při rozhodování otázky odedávna sporné,[5]) zda-li případům §§ 540 a 542 o. z. jsou přimíseny elementy římské indignity čili nic.[6]) Nebo jiný příklad: Ten, kdo pročítá ustanovení výše citovaného zákona o pensijním pojištění soukromých zaměstnanců (sr. zejména §§ 74, 75 odst. 2, 76 odst. 5 cf. §§ 4, 12—19) musí si aspoň nadhoditi otázku,[7]) zdali citovanými ustanoveními nebyl pozměněn princip dv. d. ze dne 25. listopadu 1839 č. 392 sb. z. s., podle kterého, když neplatné manželství smrtí jednoho z manželů bylo zrušeno, jest zavésti

[4]) Pozdější zákon ze dne 16. prosince 1906 č. 1. ř. z. z r. 1907.

[5]) Sr. Pfaff-Hofmann Exkurse II. str. 9. sl.

[6]) Citované ustanovení zní: Ustanovení prvého odstavce (sc. o jediném uložení poplatku) platí obdobně, jestliže kdo... v době mezi nápadem a odevzdáním pozůstalosti se stane práva dědického nehodným.

[7]) Otázku tu musí arci zodpověděti zamítavě.

u příslušného civilního soudu (§ 76 jur. nor.) šetření, žádá-li za to úřad v zájmu státním; pozměněn potud, že by snad úřední místa jmenovaná v týchž §§ mohla si sama vyřešiti prejudiciální pro jejich rozhodnutí otázku platnosti manželství. Řadu podobných dokladů bylo by možno vytěžiti ze zákonů československé republiky.

3. Změny, které tu mám na mysli, bývají dvojího druhu. Někdy ono nové ustanovení má ráz ustanovení speciálního, jež neruší nebo nemění ustanovení staršího, nýbrž je jen v některém bodě doplňuje, takže vedle obecného ustanovení staršího platí nové ustanovení v určitých případech přesně ohraničených. Tak na př. vedle § 2 zák. ze dne 15. května 1885 č. 77 ř. z., jenž zavedl 5% sazbu úroků z prodlení, platí § 4 zák. ze dne 8. února 1909 č. 29 ř. z., jenž ustanovil sazbu 4%, pokud se týká dluhovaných příspěvků z pojištění úrazového nebo nemocenského.[8]) Jindy má ono nové ustanovení ráz ustanovení obecného, které starší ustanovení mění nebo je ruší nebo které jest aspoň obecným interpretačním pravidlem. Taková povaha byla na př. přikládána zákonu ze dne 19. července 1877 č. 67 ř. z. (platnému pro Halič), v němž se praví (§ 2), že pohledávky proti hostům za nápoje podané v místnostech hostinských a výčepních jsou nežalovatelny, pokud dlužník v době, kdy nápoj byl podán, nezaplatil ještě staršího dluhu stejného druhu proti témuž věřiteli, a kdež pak se ustanovuje dále (§§ 2 odst. 2, 3, 5), že takovétéž naturální pohledávky se nehodí ke kompensaci, k zajištění smlouvou zástavní nebo rukojemskou nebo konečně k novaci. Někteří dovozovali z těchto ustanovení, že citovaný zákon vyslovuje zásadní názor občanského práva na obligace nežalovatelné, jiní je pokládali za ustanovení výjimečná a podle tohoto dvojího názoru bylo vykládáno o právních následcích nežalovatelného závazku, jehož se dotkl § 1432 o. z. jen tak, že vyloučil soluti repetitionem.

Podobný ráz má výše citované cís. nař. ze dne 15. září 1915 č. 278 ř. z. a to nejen ve směru výše naznačeném, nýbrž i ve směru jiném, podstatně důležitějším. Učí se vůbec,[9]) že přihláška dědická, právě tak jako právo římské aditionem hereditatis počítá mezi actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, ani

[8]) Takovýmto novotám se namnoze nedostává rysu nevědomosti o tom, že se starší ustanovení mění.

[9]) Unger, Erbrecht str. 147.

podle našeho práva nesnáší připojení výminky nebo času, vyjímajíc jediné výhradu dobrodiní inventáře. Výslovného ustanovení arci není, ale bylo možno rozhodnutí opříti nejen důvodem historickým, nýbrž i úvahou, že § 799 o. z. určil obsah dědické přihlášky taxativně. Než citované cís. nař., jakož ostatně již dříve některá starší ustanovení o dani dědické, užívají obratů, které toto rozhodnutí činí pochybným.

§ 14 cit. nař. ustanovil v odst. 1:

Jestliže kdo se vzdá deferované mu pozůstalosti, nebo deferovaného mu odkazu, neudávaje v čí prospěch tak činí, není nápad na toho, kdo se vzdal, pokud se k pozůstalosti ještě nepřihlásil nebo odkazu nepřijal, předmětem poplatku — —

A v odstavci druhém:

Jestliže se kdo před odevzdáním pozůstalosti vzdá ve prospěch určitých osob, platí ustanovení předcházejícího odstavce jen tehdy, když vzdání se stalo bez výhrady a jen potud, pokud pozůstalost by byla napadla týmž osobám i tenkráte, kdyby vzdání se nebylo stalo ve prospěch určitých osob.

Pomineme-li toho, že citovaná ustanovení mluví o vzdání či renuntiaci, kde bychom podle terminologie občanského zákonika, musili očekávati slovo odmítnutí či repudiace (§§ 537, 808 a contr. § 551 o. z.), byl by snad možný výklad, že se tu užívá slova vzdání ve smyslu jinakém než jak užívá slova vzdání (recte odmítnutí) obč. zák. Ale nelze nikterak odmítnouti zkrátka výklad, že se tu dopouští odmítnouti pozůstalost ve prospěch určitých osob. A poněvadž odmítnutí pozůstalosti není než rubem dědické přihlášky, byla by podle toho možna nejen formule: Odmítám pro ten případ, jestliže se stane dědicem A, nýbrž i formule: Přihlašuji se pro ten případ, nepřihlásí-li se k pozůstalosti A. Připustíme-li pak tuto formuli, nemůžeme než nepřipustiti formuli: Přihlašuji se k pozůstalosti, jestliže do 10 let se nepřihlásí k pozůstalosti A.[10]) A ještě po jiné stránce učinilo citované cís. nař. výklad občanského zákoníka nejistým. Druhý odstavec § 14 mluví o vzdání (odmítnutí) před odevzdáním pozůstalosti, a odst. 1. rozlišuje výslovně vzdání před přihláškou dědickou a po ní.

[10]) K tomu by bylo upozorniti na slova odst. 2., kdež se mluví o vzdání bez výhrady a pokládá se tedy patrně možným také vzdání (odmítnutí) s tou či onou výhradou.

Není tím snad modifikován § 806 o. z., jenž prohlašuje dědickou přihlášku za neodvolatelnou?

Následkem všeho toho, co právě bylo naznačeno příklady, je, že právní řád soukromý se skládá z vrstev uložených v různých dobách a jak samozřejmo, se tento ráz právního řádu soukromého sesiluje tím více, čím starší je jeho jádro, t. j. kodifikace. A ony vrstvy uložené v různých dobách jsou dosti různorodé. Je sice chvalným zvykem, že osnovy zákonů pracovány jsou znalci a že, aspoň v případech důležitějších, se podle zásady „více očí více vidí" poskytuje i jiným znalcům příležitost, aby se mohli vyjádřiti o chystaném zákoně. Ale máme-li na zřeteli, že ony změny, o jakých bylo mluveno výše, vyplňují celá desítiletí a že změny ty jsou zhusta následkem právodárných aktů, jejichž těžiště je na polích od práva občanského velmi vzdálených, je jasno, že takové právodárné akty mívají, pokud se týká práva občanského, ráz jakýchsi nenadálých improvisací, že se vyskytnou, ačkoli autorům ani snad nepřipadlo na mysl, že se dotýkají práva občanského a že by tedy bylo vhodno slyšeti znalce tohoto oboru. A následkem takovýchto zásahů nebývá vždycky zlepšení práva občanského, t. j. leckdy se zhorší meritum, jindy se stane meritum dosud nepochybné pochybným. Přidržíme-li se příkladu uvedeného výše, ztěží můžeme říci, že by připuštění dědické přihlášky výminečné nebo doložené časem znamenalo pokrok proti ustanovení, které zná jen přihlášku učiněnou pure.

4. I když hledíme k právodárným aktům, které lze nazvati zákony civilistickými, setkáváme se leckdy se změnami staršího řádu právního, které nenesou znak plné vědomosti o tom, že změna se činí a jaký je její dosah, takže i tyto civilistické zákony rozmnožují ono různorodé navrstvení právního řádu, o němž bylo promluveno výše. Z dějin našeho občanského práva lze uvésti několik příkladů, které nejsou bez zajímavosti.

§ 339 obč. zák. vyložil o petitu žaloby pro rušení držby, že rušený se může domáhati zákazu dalšího rušení a náhrady prokazatelné škody a § 346 o petitu žaloby pro vypuzení z držby, že vypuzený může žádati za vrácení v předešlý stav a za náhradu škody. Při tom lze důvodně přijmouti, že za vrácení v předešlý stav lze žádati i v žalobě pro rušení držby, jestliže rušení mělo takovou povahu, že jím byly způsobeny změny dosavadního stavu,

které lze odčiniti.[11]) Vždyť obě žaloby tvoří jen jedno genus actionum.

O zákazech budoucího rušení a o povinnosti navrátiti držbu v předešlý stav se přijímá obecně, že jsou to právní následky svémocného rušení držby nebo svémocného vypuzení z ní (takového, které se stalo vi, clam, precario) beze zřetele k tomu, zda-li rušiteli nebo vypuditeli lze rušení nebo vypuzení přičísti k vině čili nic. O povinnosti k náhradě škody způsobené rušením držby nebo vypuzením z ní se vykládá,[12]) rovněž důvodně, že povinnost k takové náhradě vzejde podle obecných pravidel, t. j. podle § 1295 sl. obč. zák. a že pouhé faktum rušení držby nebo vypuzení z ní není ještě zdrojem takové povinnosti.

§ 5 cís. nař. ze dne 27. října 1849 č. 12 ř. z. ustanovil, že o pohledávkách na náhradu škody způsobené rušením držby nebo vypuzením z ní, sluší rozhodnouti ve sporu petitorním, pokud nebyly žalovaným dobrovolně uznány, čímž bylo řečeno, že o nich nelze jednati ve sporu possessorním. Ustanovení to bylo pak zostřeno civ. řádem sd. z r. 1895, jenž vytkl v § 457 odst. 1, že ve sporu possessorním nesluší dopustiti, aby se bylo šířeno o pozůstávajícím snad nároku na náhradu škody.

Přihlédneme-li však k § 1323 obč. zák., jenž ustanovil o způsobu, jakým se hradí způsobená škoda, seznáváme, že ono ustanovení klade do popředí princip naturální restituce způsobené škody, pravě, že má-li býti nahražena způsobená škoda, jest vše vrátiti v předešlý stav a jen tehdy, není-li to dobře možno[13]), že je poskytnouti odhadní cenu (t. j. v penězích.).

Srovnáme-li tato ustanovení, je výsledek patrně ten: o povinnosti k náhradě škody je vyloučeno se šířiti ve sporu possessorním a přece je přípustno se šířiti o povinnosti navrátiti vše v předešlý stav a tuto povinnost uložiti konečným usnesením, ačkoliv ono navrácení v předešlý stav není podle § 1323 než jedním ze způsobů, kterými se hradí škoda. A dále: Ačkoliv tato povinnost navrátiti vše v předešlý stav není než jedním ze způsobů, kterými se hradí způsobená škoda, bude tuto povinnost uložiti nikoli za obecných podmínek §§ 1295 sl., nýbrž jako pouhý následek vykonaného rušení držby nebo vypuzení z ní.

[11]) Randa, Besitz str. 341, Ott, Soustavný úvod II. str. 315.
[12]) Randa Besitz str. 345.
[13]) Randa, Schadensersatz str. 194 p. 124.

5. Příklad jiného rázu poskytují §§ 1249, 1253 o. z. v souvislosti s dv. d. ze dne 31. ledna 1844 č. 781 ob. z. a §§ 125 sl. pat. ze dne 9. srpna 1854 č. 208 ř. z. jakož i s principem universální sukcesse, jenž je hlavním pilířem dědického práva.

Přes doslov § 533 o. z., jenž praví, že právo dědické se opírá buď o poslední pořízení projevené zákonným způsobem nebo o dědickou smlouvu připuštěnou podle zákona nebo o zákon (recte poměr příbuzenský nebo manželský), a z něhož bylo možno dovozovati, že dědická smlouva je právě tak jako testament a poměr příbuzenský i manželský důvodem delačním, nebyla povaha dědické smlouvy nepochybna hledíc k doslovu § 1249 o. z., kdež se nepraví, že smlouva dědická je smlouvou obsahující ustanovení kohosi za dědice, nýbrž se popisuje smlouva dědická jako smlouva, kterou se slibuje budoucí pozůstalost nebo její díl a slib se přijímá. Zcela jasně pak arci určily podstatu smlouvy dědické §§ 125 sl. pat. z r. 1854, z nichž vychází nepochybně na jevo, že smlouva dědická (přesněji: instituce dědická obsažená ve smlouvě dědické) právě tak jako testament (instituce dědická obsažená v testamentu) nebo poměr příbuzenský a manželský k zůstaviteli není než důvodem delace dědického práva.

Přes doslov § 774 o. z., jenž vytkl výslovně, že díl povinný může býti zanechán v podobě dílu dědického nebo v podobě odkazu; ačkoli dále §§ 788, 789 uvedly některé praestace inter vivos, které jest pokládati za poskytnuté na účet dílu povinného a ačkoli konečně § 784 by neměl dobrého smyslu, kdyby právo na díl povinný bylo právem na kvotu pozůstalosti, nebylo, hledíc zejména k §§ 778, 783 o. z., podle ustanovení občanského zákonníka o dědicích nepominutelných a dílu povinném zcela jasno, zda-li těmto ustanovením nejsou přimíseny některé elementy formálních nepominutelných práv dědických, jaká se vyskytovala v právu římském, potud, že ten, kdo byl vyděděn bez důvodů zákonem uznaných, a jehož povinný díl nebyl kryt výše vzpomenutými praestacemi inter vivos, by se mohl domáhati z titulu práva na díl povinný kvoty pozůstalostní. Že pochybnosti takové se vyskytovaly, svědčí zejména dv. dekret ze dne 31. ledna 1844 č. 781 sb. z. s., podle něhož nepominutelný dědic nemá podle § 784 nároku na poměrné podíly jednotlivých k pozůstalosti náležejících věcí movitých a nemovitých, nýbrž jen na hodnotu svého dílu povinného vypočtenou odhadem, čili přesněji na

sumu peněžitou rovnající se hodnotou kvotě pozůstalostní uvedené v §§ 765—767 o. z. Tím bylo pak arci pověděno zcela jasně: Má-li poslední pořízení obsahující exheredaci (výslovnou nebo praeterici) obecné podmínky, na kterých závisí jeho platnost, t. j. je-li pořizovatel způsobilý, má-li dědic testamenti factionem passivam, je-li projev dostatečný a stojí-li za ním dostatečná vůle a stal-li se konečně projev v dostatečné formě, bude poslední pořízení platné, i když se exheredace stala bez zákonných důvodů a nepominutelnému dědici non rite vyděděnému vzejde jen právo dožadovati se na dědicích a odkazovnících summy peněžité rovnající se hodnotě jeho dílu povinného t. j. zákonem ustanovené kvotě dílu intestátního. A hledíc k tomu, že instituce dědická obsažená v smlouvě dědické je nyní co do podstaty zcela nepochybně postavena na roveň instituci dědické obsažené v testamentu, bylo by říci, že postavení dědice nepominutelného non rite vyděděného je proti dědici smluvenému stejné jako proti dědici testamentárnímu.

Ale v § 1253 o. z. se setkáváme s pravidlem, že pořizuje-li kdo smlouvu dědickou, musí čistá čtvrtina pozůstalosti, na které nesmí váznouti ani díl povinný někomu náležející ani jinaký dluh, podle zákona zůstati vyhražena svobodnému (t. j. jednostrannému) poslednímu pořízení.

Ustanovení to bylo v starší nauce hojně a rozvláčně diskutováno,[14]) ale jasného obrazu diskusse ty nepodaly. Unger[15]) odbývá je stručnou poznámkou, že textování je nepřesné. Po mém soudě jest uspokojivý výklad nemožný v rámci pojmů o universální sukcessi a výše citovanými ustanoveními objasněných názorů o pojmech smlouvy dědické a povinného dílu.

Podle zásady o universální sukcessi neváznou dluhy pozůstalostní na té či oné kvotě pozůstalostní, nýbrž na pozůstalosti celé. Věřitele, pokud sukcesse na dědice nebyla skonána, se mohou držeti celé pozůstalosti (§ 550 o. z.) a teprve, když byla pozůstalost přešla, mohou nastati co do ručení odchylky a to za té podmínky, že ten či onen dědic se přihlásil vyhradiv si dobrodiní inventáře.

Co by mohl znamenati § 1253 v rámci této zásady? Snad tolik, že zákon dal zde specielní ustanovení o ručení věřitelům

[14]) sr. zejména Nippel VII. 2. str. 648 sl.
[15]) Erbrecht § 26 p. 17.

pozůstalostním? T. j., zákon snad dopouští, aby smlouvou dědickou bylo pořízeno o $^3/_4$ pozůstalosti, kdežto pak $^1/_4$ zůstane volna pro instituci jednostrannou, po případě připadne dědicům zákonným, ale tak, že věřitelé pozůstalöstní a nepominutelní dědicové mohou se držeti jen dědice smluvního a nikoli dědice testamentárního resp. dědiců intestátních. Jenže takovému výkladu brání především slova „čistá čtvrtina", jež patrně znamenají asi tolik jako „čtvrtina čisté pozůstalosti". Kdyby totiž slovům čistá čtvrtina nebyl dán tento smysl, znamenalo by to, že při pozůstalostech přes $^3/_4$ zadlužených buď vůbec nemůže býti pořízeno smlouvou anebo dokonce že zákon odnímá věřitelům, pokud jejich pohledávky převyšují $^3/_4$ aktiv pozůstalostních, úkojný fond. Dále brání onomu výkladu slova „nesmí váznouti"; výklad takový by žádal slova „neváznou". Není-li však v § 1253 o. z. pověděno nic jiného než že dědici testamentárnímu nebo smluvenému musí zůstati volna $^1/_4$ čisté pozůstalosti, jsou slova „na které nesmí váznouti ani díl povinný někomu náležející ani jinaký dluh" zbytečna, poněvadž z obecných, výše citovaných ustanovení o ručení dědiců se podává totéž: Neboť činí-li pozůstalost 100.000 K a zadlužení (v to čítajíc díl povinný) 60.000 K a je-li kdo smlouvou povolán ke $^3/_4$ pozůstalosti a jiný testamentem k $^1/_4$, činí čistá pozůstalost 40.000 K a $^1/_4$ čisté pozůstalosti 10.000 K. A těchto 10.000 K (t. j. pozůstalostních předmětů v ceně 10.000 K) dostane se testamentárnímu dědici již podle obecných ustanovení.

Tedy by snad pravý výklad § 1253 byl ten, že zůstaviteli je bráněno uvaliti na $^1/_4$ zůstavenou podle zákona svobodnému (jednostrannému) pořízení taková břemena, jejichž výplata by způsobila, že by se testamentárnímu (zákonnému) dědici nedostalo $^1/_4$ čisté pozůstalosti. A tu by byl zase možný výklad dvojí, buď že nižádné břemeno nemůže takto býti uvaleno na onu čtvrtinu nebo aspoň ne takové, které vázne na pozůstalosti z vůle zůstavitelovy. Bez vážných pochybností arci ani tento výklad není. Především takovýto zřetel k osobám, které nejsou dědici nepominutelnými, by znamenal zavedení jakéhosi nového práva na díl povinný. Neboť by bylo rozhodnouti: Když zůstavitel učiní dědickou smlouvou, musí dědic ex testamento nebo ab intestato obdržeti čtvrtinu čisté pozůstalosti. Jakés takés důvody takového rozhodnutí by snad bylo možno nalézti nejspíše

ještě ve vývodech presidenta Haana.[16]) Jenže, pokud protokoly nám vůbec podávají dostatečného světla, je z nich jasno, že ono výše vzpomenuté rozhodnutí intencím redaktorů nikterak neodpovídá.

K § 523 západohaličského zákonníka (Niemand kann durch einen Erbvertrag auf das Recht zu testieren gänzlich Verzicht thun. Wenigstens ein Viertel muss aber ganz frei sein: und es darf weder der jemandem gebührende Pflichttheil noch eine andere Schuld darauf haften), jenž, jak patrno, co do merita se podstatně srovnává s § 1253 o. z., učinil vnitrorakouský appelační soud monitum, že by bylo připojiti dodatek:

„Es wäre denn, dass der Erblasser in seiner letztwilligen Verordnung eine Schuld oder den Pflichttheil auf dieses freie Viertel ausdrücklich angewiesen hätte."

K tomu připomenul Zeiller:

„Es bedürfte wohl keiner Erklärung, dass der Erblasser nach geschlossenem Erbvertrage durch eine letzte Anordnung den Pflichttheil oder die Schulden auf das ihm frei gelassene Viertel anweisen könne[17])

a připojil pak hledě k dotazu hornorakouské komise: (b) ob in dem Falle, dass in dem Erbvertrage das ganze Vermögen eingeschlossen und das Viertheil zur letztwilligen Verordnung nicht vorbehalten worden, der ganze Erbvertrag ungiltig, oder vielmehr nur in Rücksicht des Viertheils ungiltig sein soll?

c) ob in dem Falle, dass ausser dem Erbvertrage keine letztwillige Anordnung über das Viertheil vorhanden ist, in Hinsicht dieses Viertheils die gesetzliche Erbfolge eintrete? oder ob dieses

[16]) Ofner II. str. 548 sl.

[17]) K vývodům Zeillerovým by bylo arci podotknouti, že nám není tak jasno, že by zůstavitel po uzavření smlouvy dědické mohl odkázati díl povinný nebo dluhy na čtvrtinu vyhrazenou volnému pořízení nebo by aspoň slova pro nás obsahovala dvojsmysl. Stěží bychom totiž mohli, hledíc k právu věřitelů pozůstalostních a nepominutelných dědiců na uspokojení z pozůstalosti, přiznati, že by zůstavitel způsobil svým nařízením, že by zmíněné osoby mohly pohledávati uspokojení jen z oné čtvrtiny, a mohli bychom připustiti jen tolik, že takové nařízení má povahu odkazu uvedeného v § 665 o. z., a že dědic smluvený, když byl zůstavitel odkázal díl povinný nebo dluhy na onu čtvrtinu vyhraženou volnému pořízení, může se hojiti na dědici testamentárním nebo intestátním, jestliže zaplatil něco z povinností přikázaných těmto k placení.

Viertheil dem zur ganzen Verlassenschaft berufenen Vertragserben zufalle?)

nový text:

„Niemand kann durch einen Erbvertrag auf das Recht zu testieren gänzlich Verzicht thun. Ein reines Viertheil, worauf weder der Jemandem gebührende Pflichttheil noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfüget, so fällt es doch nicht dem Vertragserben, obschon ihm die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern dem gesetzlichen Erben zu."

Tedy, jak patrno, text na vlas stejný, s jakým se nyní setkáváme v § 1253. A text ten zůstal pak již beze změn, ačkoli při superrevisi byl o kapitolu „dědické smlouvy" sveden tuhý boj, jenž tuto kapitolu přenesl na jiné místo, učiniv z ní část kapitoly o smlouvách svatebních.

Zda-li § 1253 o. z. se shoduje s § 523 záp. hal. zák. naveskrz, není arci zcela jasno. Podle § 523 bylo by, když zůstavitel pořídil dědickou smlouvou o celé pozůstalosti nezanechav testamentu a nařídil kodicillem odkazy rovnající se $^1/_4$ čisté pozůstalosti, možno rozhodnouti, že smluvený dědic je dědicem ex asse, ale má přes doslov § 522 (gegen einem Erbvertrag findet keine letztwillige Verordnung statt. Nur dasjenige Vermögen, über welches kein Erbvertrag errichtet ist, fällt den Testamentserben oder in deren Ermangelung den gesetzlichen Erben zu) povinnost zaplatiti ony odkazy. Můžeme tak rozhodnouti i podle § 1253? Anebo musíme říci, že dědická smlouva platí jen pokud se týká $^3/_4$, kdežto pak $^1/_4$ připadne dědici zákonnému a kodicil hledíc k § 1254 o. z. nedojde úspěchu. Slovo „verfüget hat" v § 1253 by sneslo výklad kodicillu příznivý, ale § 1254 o. z. se § 1253 nedovolává. Vším způsobem lze říci, že, byla-li dodatkem Zeillerovým způsobena změna právě naznačená, nelze říci, že by tím bylo docíleno zlepšení starého textu.

6. Mám za to, že celé pochybné ustanovení § 1253 o. z. dá se uspokojivě vyložiti jen jako pozůstatek představ o smlouvě dědické, jaké nepronikly vlastně ani do občanského zákonníka a jakým nás zcela odcizily jasné představy o povaze universální sukcesse, dědické smlouvy a dílu povinného. Ono pochybné usta-

novení dalo by se snad vyložiti uspokojivě v rámci takových ustanovení o smlouvě dědické, jaké má na př. § 517 záp. hal. zák.
„Sind aber in dem Erbvertrage bestimmte Grundstücke, Capitalien oder andere Güter als Nachlass bestimmt worden, so hat der Vertragserbe die Rechte eines Gläubigers erworben und die zum Nachlasse bestimmten Sachen können nach Umständen die Eigenschaft eines Fideikommisses annehmen",
a takových názorů, jaké opírajíc se o § 517 měla o smlouvě dědické hornorakouská komise.[18])

Wenn nach Maaszgab des § 517 jemand in einem Erbvertrage alle Banco-Kapitalien oder eine Herrschaft, welche mehr als $^3/_4$ seines Vermögens ausmachen, verschaffet hätte, ob auch dieser Vertragserbe, der doch zufolge § 517 die Rechte eines Gläubigers erhalten soll, alle Schulden des Erblassers und den Pflichttheil berichtigen, auch noch einen Theil zur Ergänzung des $^1/_4$ herausgeben müsste und ob sonach dieser $^1/_4$ ganz nach einer letztwilligen Anordnung zu andern Bestimmungen verwendet werden könnte oder den gesetzlichen Erben zufalle?

Zeiller k tomu poznamenal:

Es gelte dasjenige, was von dem Vertragserben überhaupt gesagt wird, auch von dem, welchem bestimmte Sachen oder Kapitalien zugesichert sind, ohne dass es einer ausdrücklichen Erwähnung bedarf.

S takovou smlouvou odkazovou by se náš pochybný passus v § 1253 zcela dobře snesl a dal by se vysvětliti snahou, aby osoba nějaká se nezbavila jednáním učiněným na případ smrti neodvolatelně možnosti nakládati veškerým svým majetkem, přes to, že § 944 o. z. dopouští, aby se veškerého majetku zbavila jednáním mezi živými. Přidržíme-li se příkladu daného výše, byl by výpočet ten: Má-li někdo jmění 100.000 K a 60.000 K passiv (včítajíc do toho díl povinný), mohl by smlouvou odkazovou nakládati jen majetkem do 30.000 z aktiv.

Jenže jsou tu dvě pochybnosti:

Především pochybnost rázu základního. Unger[19]) vycházeje patrně z názoru, že naše právo zná jen smlouvu advitalitní (§ 1255 sl.) a smlouvu dědickou, připustnost smluv odkazových vůbec popírá. Studium přípravných prací by nás od tohoto názoru

[18]) Ofner I. str. 440.
[19]) na u. m. § 61 p. 4.

opřeného o argumentum a contrario nemusilo odvrátiti, ježto lze patrně argumentovati tak: Jestliže západohaličský zákonník[20]) takové smlouvy znal a jestliže pak po tuhé diskussi[21]) o přípustnosti dědických smluv v širším smyslu zůstaly v obč. zák. jen smlouva dědická v užším smyslu a smlouva advitalitní, lze míti za to, že jinaké smlouvy odkazové než smlouva advitalitní přípustny nejsou. A nemusil by nás másti ani rozdíl v textování § 1249 (pozůstalost nebo její část) a § 532 (celá pozůstalost nebo její díl určený zřetelem k celku). Ale uvážiti jest jedno: Výpočet smluv svatebních v § 1217 dojista není taxativní[22]) a stěží bude tedy možno prohlásiti nepřípustnými smlouvy, které povahou nebo účelem se srovnávají se smlouvami uvedenými v § 1217, nehledíc ani k tomu, že smlouva o plat vdovský (§ 1242 sl.) také není než smlouvou odkazovní, vykazujíc obdobu s nařízením odkazovým jmenovaným v §§ 672 sl.

Druhá pochybnost by se pak týkala již otázky speciální hledíc k takovýmto smlouvám odkazovým t. j. otázky, která doba by měla býti rozhodna při rozhodování otázky, zda-li smlouva odkazová § 1253 vyhovuje čili nic. Když by kdo odkazovní smlouvou zanechal $^3/_4$ svého (čistého) jmění a potom by zbytku jmění pozbyl, je správné rozhodnutí, že nařízení odkazové § 1253 vyhovující, nyní mu již nevyhovuje, či rozhodnutí, že nařízení, které vyhovovalo v době, kdy se stalo, vyhovuje i nadále? A naopak: když osoba nějaká by smlouvou odkazovní zanechala $^5/_6$ svého (čistého) majetku a když by potom zbytek jmění svého zdesateronásobnila, je správné rozhodnutí, že nařízení odkazové dodatečně konvaliduje či rozhodnutí, že neplatí, pokud se týká části převyšující $^3/_4$ původního jmění?

Zavedše ústav inofficiosního darování vyslovili římští právníci zásady, že darování inofficiosní se během událostí může státi officiosním, že však darování officiosní se během událostí nemůže státi inofficiosním. Tyto zásady akceptoval původní text § 951 o. z., ale nový text téhož § (§ 71 nov. III.) zná sice zásadu, že darování inofficiosní může se státi officiosním, ale nezná již zásady, že darování officiosní nemůže se státi inofficiosním. I vznikají otázky:

[20]) II. § 517.
[21]) Ofner II. str. 548 sl.
[22]) Sr. k tomu § 1217 slovo „zvláště" a zejména Gl. U. W č. 13732.

Je tu taková podoba mezi omezením, které zná § 951 a oním, které by z § 1253 plynulo pro smlouvu odkazovou, že by bylo možno užíti zásady § 951 obdobně? A je-li tomu tak, bylo by se při rozhodování otázek výše daných držeti obdoby starého § 951 či říci, že věta „leges posteriores ad priores pertinent“ měla by býti vztažena i sem?

7. Podvědomé namnoze navrstvení různorodých a z různých dob pocházejících ustanovení právních, která však přece tvoří jeden celek, zdá se mně býti prokázáno. Z pravidla arci nepůjde o nic, co by nemohlo býti zmoženo obvyklými prostředky právnické interpretace, zejména pomocí věty „lex posterior derogat priori“ a podle potřeby i prostředky jinými. Než ono navrstvení právních ustanovení vyrůstajících z různých kořenů sahá mnohem hlouběji. Toto navrstvení sahá do kodifikací samých. Čím více se kdo zabývá některou kodifikací, tím spíše seznává, že taková kodifikace není než resultatem myšlení a rozhodování z nejrůznějších dob, při čemž pak jednotlivé kusy složené v jeden celek spolu neharmonují. Kdyby některý z moderních kodifikatorů chtěl tvrditi, že jeho kodifikace neobsahuje antinomií, nebylo by jeho tvrzení o nic méně nepravdivé než známý § 15 Justiniánovy kodifikace Tanta:

Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

A pravý důvod oné nepravdivosti byl by asi stejný jako v konstituci Tanta. Moderní kodifikace jsou sice dojista mnohem více duchovním dílem jednotlivce nebo několika jednotlivců než kodifikace Justiniánova a zvláště pak než Digesta a Codex, ale za to process usazování právních vrstev trvá o půldruhého tisíciletí déle.

Není arci každá antinomie následkem tohoto navrstvení: Jestliže v § 878 máme ustanovení o slibu plnění nemožného a jestliže v § 923 máme ustanovení o slibu plniti věc, která již neexistuje,[23]) nejde patrně o nic jiného, než o nedopatření redaktorů, již na dvou místech ustanovili o témž případě a pokaždé

[23]) Sr. k tomu Stupecký Právník XX. str. 329 sl.

jinak. Stejně jest vyložiti rozpor mezi § 869 o. z. jenž ustanovil, že je-li tu dissens (nedošlo-li ke konsensu), smlouva se nestane skutkem, a § 915, jenž arci může býti vztahován na případy nejasného konsensu, ale rovněž dopadá na případy dissensu způsobeného užitím nejasných výrazů. Ale setkáme se v kodifikaci zhusta s antinomií, jejíž důvod je zcela jiný a rovněž snadno seznatelný. Kodifikace recipuje z různých pramenů a nedocílí se jednotnosti anebo k recipovaným ustanovením přistupují nová, která bychom mohli nazvati tvůrčími činy redaktorů a, nebude docíleno souladu s právem recipovaným. Někdy arci nebude následkem takového počínání nic jiného, než že se v kodifikaci octnou ustanovení, která se k sobě nehodí, avšak nedávají vzniknouti pochybnostem o obsahu a smyslu zákonné normy.

Tak na př. obč. zák. nepřijal zásady „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ (§ 534), ale přijal v podstatě zásadu „nemo cum pluribus testamentis potest decedere“ (§ 713, sr. k tomu §§ 714 a 582). Podobně zamítl zásadu, že „institutio heredis est caput et fundamentum testamenti“ (§ 726), ale přece pokládal nutným recipovati zásadu „si quis ommissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.“ Z podobných kořenů vyrůstají však leckdy pravé antinomie rázu materielního.

8. „Originálně a směle myšlené normy omylové“[24]) (§ 871 sl.) jsou taková nová ustanovení, o jakých byla učiněna zmínka výše. Samozřejmě nejde o soubor norem, které by si redaktoři obč. zák. sami byli vymyslili až do jednotlivostí. V celé řadě bodů opírají se tato ustanovení o starší právo. Omyl v předmětu, omyl v osobě, omyl v podstatných vlastnostech nejsou než error in corpore, in substantia, in persona a in qualitate římských a kanonických pramenů. Ale to, že byl význam omylu semknut do dvou vět, t. j., že omyl činí smlouvu neplatnou jen když je podstatný[25]) a když uvedení v omyl vychází od promissara nebo sice

[24]) Strohal: Die Giltigkeit des Titels str. 15.

[25]) Tato formule se arci v zákoně nevyskytuje, ale lze se jí snadno dobrati synthesou §§ 871, 872, 873, z nichž právě sluší vyložiti pojem omylu podstatného. Že sloučením §§ 871 a 876 v jediný a novou, po mém soudě nepříliš šťastnou, redakcí § 871 nebyl změněn smysl těchto ustanovení, svědčí přípravné práce; sr. zprávu justiční komise panské sněmovny str. 134 sl.

od osoby třetí, jestliže promissar měl na uvedení v omyl osobou třetí podíl nebo o něm (věděl) věděti musil, nebo konečně jestliže omyl vzešel z vlastní initiativy promittentovy, ale bylo ho promissarem využito, to vše znamená formulování, které je dojista jasně myšlenou, důslednou a účelnou úpravou hledíc k bezpečnosti obchodu.

Vedle těchto svérázných ustanovení o omylu pojali redaktoři do zákonníka ustanovení o správě (§ 922 sl.), jejichž romanistický původ je zcela patrný na prvý pohled. Ustanovení římského práva o ručení za habere licere jsou arci podstatně modifikována a rozšířena a podobně je modifikováno a rozšířeno ručení za vady věci prodané a za její vymíněné vlastnosti, jak věci ty byly zavedeny žalobami aedilskými. Obojí ručení bylo pak sjednoceno v ústav povinnosti ke správě.[26])

Je snad na prvý pohled patrno, že obojí ustanovení právě uvedená spolu konkurrují. Bylo by sice možno učiniti pracný pokus ohraničiti pole působnosti ustanovení omylových a ustanovení o správě, ale pokus takový by příliš zřetelně nesl pečeť prací oněch starších právníků, kteří se zabývali výkladem práva justiniánského a věříce do slova citovanému místu z constitutio Tanta se snažili subtilními distinkcemi vyložiti dosah konkurrujících ustanovení tak, aby spolu nebyla na sporu.[27])

Jestliže kdo prodá věc movitou stiženou vadami kromobyčejnými, t. j. takovými, které při takové věci z pravidla nebývají, jestliže vady ty brání řádnému, t. j. obvyklému užívání věci a nemohou býti odstraněny a jestliže kupec o vadách těch neví a vady nepadají do očí: spadá případ pod § 932 o. z., podle něhož lze žádati za zrušení smlouvy, což patrně předpokládá její platnost. Ale případ spadá zajisté také pod § 871 o. z. Neboť jedna strana (kupující) byla uvedena v omyl stranou druhou (druhá strana dala k omylu podnět) a omyl se týká podstatných vlastností věci, k jakým směřoval úmysl kupujícího.[28]) Ale podle § 871 nevzejde pro stranu, která se mýlí, žádný závazek a smlouva je

[26]) Zda-li věc lze pokládati za podařilou čili nic sr. Stupecký Právník na u. m str. 325 sl.

[27]) Kritické posouzení podobných pokusů nenáleží sem.

[28]) Jak patrno, je vynecháno v textu slovo „erklärt“, ale slovo to se nesnáší s využitím omylu (sr. výše), jak bylo upraveno dříve v § 876 a nyní v § 871 in f.

tedy neplatna. Ovšem by mohl někdo říci, že zrušení smlouvy podle § 932 a pohledávání pro omyl sběhlý při smlouvě (§ 1487) jsou konečně totéž. Ale stačí upozorniti na lhůty vyměřené pro žalobu různě v § 933 a v § 1487.

Anebo další případ: Vady jsou napravitelné. Podle § 871 nic na tom nezáleží, zdali podstatná vlastnost, které se věci nedostává, by mohla býti doplněna, a smlouva je stejně neplatna;[29]) § 932 nedopouští v takových případech zrušení smlouvy, nýbrž jen žalobu o nápravu[30]) nebo za slevu. Podobnou konkurrenci obojích ustanovení zákonných bychom mohli sledovati, kdybychom uvažovali o nedostatku vlastností vymíněných (dicta promissa) §§ 932, 923 a vedlejších okolnostech (nepodstatných vlastnostech), které strany v konkretním případě byly povýšily na vlastnosti podstatné § 872.

9. Nenapsal jsem předcházejících řádek, abych hledě k chystané revisi textu občanského práva upozornil na tu neb onu antinomii, která by mohla či měla býti odstraněna. Kdyby to bylo bývalo mým cílem, bylo by bývalo nutno zvoliti postup zcela odchylný, t. j. pečlivě katalogisovati všechny povědomé případy a ne příkladem upozorňovati na tu nebo onu skupinu případů. Účel můj byl, ač zní to snad paradoxně, právě opačný. Chtěl jsem upozorniti s důrazem a snad se zbytečným apparátem na to, že antinomie je, hledíc k povaze právního řádu soukromého, charakteristickým a nezbytným jeho průvodcem. To vede pak na větu, že veškerá péče vystříci se antinomií jest asi marna. Tato marná po mém soudě péče mohla by pak při revisi býti dokonce příčinou výsledků nežádoucích. Mohla by totiž býti příčinou toho, že by kdo chtěl nalézati v revidovaném právu, opíraje se o nedostatečnou zkušenost, antinomie, kde jich snad ani není a kde dokonalejší poznání moudrosti uložené předky objeví pravý, antinomií nepostižený stav.

Vhodným příkladem, že i dnes lze pečlivým studiem občan-

---

[29]) Že by vada napravitelná nemohla míti povahu vlastnosti podstatné, nelze po mém soudě připustiti.

[30]) Mluvě o žalobě o nápravu, zmiňuje se § 932 jasně jen o vadách kvantitativních, ale kdybychom ustanovení to chtěli vykládati doslova, scházelo by ustanovení o kvalitativních napravitelných vadách, jakož v starém § 932 scházelo vůbec ustanovení o vadách nenapravitelných, které jsou sice kromobyčejné, ale ne takového rázu, že by bránily řádnému užívání věci, tedy v hlavních případech, které náležejí k actio quanti minoris.

ského zákonníka objeviti, že není antinomie, kde někteří ji nalézají, zdá se mně býti poměr mezi §§ 1295 a 1311 obč. zák. Novější nauka a judikatura konstatovala, že obě ustanovení jsou spolu na sporu a to tak, že vedle „příčinné souvislosti podle občanského práva", jak se podává z § 1311, není místo pro těsnější příčinnou souvislost opřenou o § 1295 o. z., takže ve všech případech stačí souvislost naznačená v § 1311. Uvědomíme-li si však, že § 1295 jedná o škodě způsobené protiprávním jednáním volním a § 1311 o škodě způsobené náhodou, dovede nás pečlivý rozbor § 1311 k uspokojivému výkladu tohoto ustanovení, který nejen neučiní příčinnou souvislost naznačenou v § 1295 zbytečnou, nýbrž který po mém soudě je i účelný.

Ostatně ona snaha odstraňováním skutečných i domnělých antinomií zlepšovati starý text, nebezpečná i z jiných důvodů, o nichž bude řeč později (pod č. 13), byla by poněkud neúměrna době, ve které, aspoň u nás, se vyskytují mnohem hrubší poklesky v pracích zákonodárných, než jaké se vyskytovaly v kterýchkoli dobách jiných.[31])

10. Snad někdo vytkne, že přítomná doba méně než kterákoli jiná se hodí k tomu, aby bylo upozorněno na skutečnost, že právní řád soukromý, vybudovaný v pradávných dobách zákonodárci, jejichž jmen neznáme, na zásadách soukromého vlastnictví, svobodné směny a posloupnosti, nejen tkví, jak se zdá, svými kořeny hluboko v životě a cítění sociálním, nýbrž i že v oněch zásadách obsahuje kategorie, kterých není snadno se zbaviti a to ani těm, kdo je považují za škodlivé a chtí svésti život sociální v nové koleje.[32])

---

[31]) Slova tato nechtí býti nikterak zahalenou parafrasí výtek a vtipů, které se činí hledíc k zákonodárné činnosti v našem státě a které, jak se mně zdá, stávají se i nechutnými, any vycházejí namnoze z míst málo kompetentních. Zákonodárná práce vyhledává vedle jiných podmínek, jako každá jiná činnost, rutiny. A nebylo naší vinou, že v starém Rakousku jen málo našich lidí si mohlo osvojiti tuto rutinu — a to ještě měrou ne dostatečnou, nehledíc ani k tomu, že ohromné úkoly, které v krátké době bylo zmoci, samy dovedou omluviti leckterý i hrubý poklesek. Pod tímto zorným úhlem ztěží se nám nové zákony budou zdáti tak špatnými, jak by se dalo souditi podle hněvivého i výsměšného jejich posuzování, ač sluší doznati, že při dobré vůli a troše opatrnosti mnohé by mohlo býti značně lepší.

[32]) K uvedené činnosti zákonodárcově sr. moje poznámky v citovaném

Příklad toho máme z doby velmi blízké, kdy československé zákony o pozemkové reformě, jež chtěly omeziti a z části i odstraniti soukromé vlastnictví k půdě, důsledným provedením těchto snah dospěly, jak bylo pověděno nikoli nepřípadně, k zavedení ústavu selských fideikommissů. Zjev je jistě tak zajímavý, že by stálo za to, pobýti při něm déle. Než důležitost předmětu žádá patrně zpracování zevrubnějšího. Zde byla věc uvedena jen proto, aby bylo upozorněno na to, co lze nazvati papírovými ustanoveními.[33])

Abych užil příkladu nejvýraznějšího. Říci a to třeba způsobem sebe slavnostnějším, že soukromé vlastnictví se ruší, neznamená pranic. Když ke konci římské republiky, patrně jako dědictví po velkém revolucionáři Gaju Gracchovi, se ujal právní názor, že římský stát je vlastníkem veškeré půdy provinciální a když pak bylo učeno za principátu, že vlastníkem půdy v provinciích císařských je princeps a že jednotlivci (dosavadní vlastníci) nemají k půdě dominium ex jure Quiritium, nýbrž jen possessionem et ususfructum, přece jen tyto possessio a ususfructus se spravovaly na konec stejnými zásadami jako ono dominium ex jure Quiritium. Arciže ony věty vyslovené římskými právníky neměly do sebe nic papírového. Důvodem jejich nebyla nikterak hesla obdobná soudobým. Nešloť o nic jiného, než poskytnouti vhodné roucho cíli velmi praktickému. Šlo o to, podrobiti půdu provinciální berni pozemkové, a duchu římskému, konservativnímu a postupujícímu po etapách, zamlouvalo se lépe, rozhodnouti, že subjekt povinný daní není vlastníkem, než říci, že vlastník půdy je povinen platiti pozemkovou berni. K této větě dospěli Římané arci také, ale mnohem později.[34])

---

pojednání Sb. věd právních a státních XVII. str. 7 sl. Co do slov textu připomínám, že tyto řádky nechtí býti ani poznámkami na okraji doby kterou snad, ač není to jisto, budoucí věky budou nazývati velikou, nýbrž chtí upozorniti na některá možná, ale tušim z pravidla opomíjená hlediska, opomíjena hlavně proto, že se zhusta vede boj nikoli o pojem, nýbrž o slova, jež nakonec proti pojmům nemají jiné povahy, než jakou mají chemické značky proti prvkům; sr. Sigwart Logik I. str. 324.

[33]) Zjev uvedený v textu souvisí patrně s rozdílem mezi juristickou, formou a ekonomickými jevy jí regulovanými, takže na př. ona juristická forma je snad sociálně zcela neškodná, kdežto povážlivými jsou jen ony ekonomické jevy. Avšak přece bojovné úsilí se soustřeďuje na onu juristickou formu a ne v prvé řadě na ony ekonomické jevy.

[34]) Heyrovský: System str. 322 sl.

Jak tedy patrno, nestačilo by říci, že soukromé vlastnictví k půdě se ruší, nýbrž bylo by je nahraditi novou právní formou a ustanoviti na př., že vlastnictví se mění v právo pachtovní,[35]) což by, přidržujeme-li se konkretního právního řádu, znamenalo, že právní postavení dosavadního vlastníka se spravuje nadále ustanoveními § 1090 sl. obč. zák. Jenže tu by zákonodárce záhy poznal, že taková věta jde příliš daleko, a že je nucen, vyhovuje panujícím potřebám hospodářským a snad také mohutným tendencím sociálně-psychologickým, modifikovati zvolenou právní formu podstatně a to tak, že by na konec poznal, že bojoval za frási a nikoli za věc a že konečná právní forma stojí v nebezpečné blízkosti perhorreskovaného vlastnictví.

11. Je známý a často citovaný zjev,[36]) že je mnoho právních případů, které nejsou rozřešeny v zákoně, a platí obecné přesvědčení, že zákon sebe více kasuistický nedovedl by napřed dáti pravidlo pro všechny právní případy, které by snad se mohly vyskytnouti. S tím souvisí jiný, rovněž dobře známý zjev, kterého jsem si, arci s hlediska poněkud jiného, povšiml v pojednání citovaném výše,[37]) zjev totiž, že dlouhým vzděláváním obsah právního řádu specielně určitého zákonníka se množí, t. j. pozdější doby nalézají v něm rozhodnutí případu, kterého tam nenalézaly doby starší. Nepatrné, původními redaktory snad bez zvláštního úmyslu užité slovo, se objeví vhodným, aby oň bylo opřeno rozhodnutí toho či onoho případu, jaké se jeví žádoucím, a rozhodnutí to pokládá se pak nadále za normu obsaženou v zákoně. Postupem doby pak se vytvoří kolem jádra, které tvoří zákon, obal, rostoucí se stářím zákona. Nejen zákon XII. tabulí, nýbrž i jiné kodifikace mají svoji interpretatio, jenže Římané snad si byli více než pozdější vědomi, co je lex a co je interpretatio.[38])

Méně povědomý, ač také nepochybný je zjev, který by bylo možno charakterisovati tak, že v době práva psaného, zejména kodifikovaného, je právní řád chudší v myslích než na papíře, a

---

[35]) Jak ostatně o těchto věcech bylo uvažováno při diskussi zákona záborového (zák. ze dne 16. dubna 1919 č. 215 sb. z. a n.).

[36]) Fr. 12 D 1,3; fr. 13, 17 eod.

[37]) Sborník XVII. str. 10 sl.

[38]) Typickým příkladem mohl by býti starý § 1019 o. z. a smlouvy ve prospěch osob třetích, nebo uznání kategorie nepravidelného deposita přes doslov § 959.

to nejen v myslích laiků,[39]) nýbrž i v myslích právníků.[40]) Následkem toho je pak, že se právní případy subsumují jednomu pravidlu, ačkoli by měly býti správně subsumovány pravidlu jinému, nebo že se některé pravidlo vykládá extensivně nebo podle obdoby, aby jím byl kryt právní případ, který očekává svého rozhodnutí, ačkoli je v zákoně pravidlo, které je raženo přímo na takový případ. A obsah vědomí se bez ustání mění. Vyskytuje se jakési stálé proudění. Do pohotového vědomí vykladatele práva vstupují ustanovení dosud zanedbávaná, a jiná dosud hojně diskutovaná se z vědomí vytrácejí.

Oba prvé z uvedených zjevů mohou býti doloženy snadno. Málokterý spis o právu, málokteré rozhodnutí je takového rázu a obsahu, aby nebylo jejich dokladem. Za to třetí zjev je dosti utajen a vyskytuje se zejména tenkráte, když systém zvolený zákonníkem nauce již nevyhovuje a přikročí se k náhradě výkladů kommentářových výklady systematickými (t. j. volí se nový systém). Kdyby onen zjev nebyl utajen, nebylo by ho. Že se vyskytuje, dosvědčují však přece některé symptomy. Především jakýsi symptom, který lze nazvati statistickým. Sledujeme-li rejstřík sbírek obsahujících rozhodnutí soudní, seznáváme, že některá ustanovení se v něm neobjevují vůbec[41]) nebo že některá ustanovení se neobjevují dlouho, aby se pak objevila přece, ale za to se vytrácejí jiná. To by ani nemusilo býti rozhodujícím. Důvodem by tu mohlo býti, že se po některou dobu nevyskytují právní případy, které by podle oněch ustanovení mohly býti rozhodnuty, nebo že se aspoň nevyskytly před onou instancí, jejíž rozhodnutí sbírka obsahuje. Přímějším dokladem onoho zjevu je pak, co bych nazval objevem toho či onoho ustanovení v nauce nebo v judikatuře. K té věci budiž uvedeno několik příkladů vybraných namátkou. Dovozovalo se z § 1438 o. z., že compensatio ipso jure fit, t. j. že vzájemné pohledávky se ruší, jakmile se proti sobě octly, a zapomnělo se, že se takové rozhodnutí nesnáší s § 1442 o. z.; diskutovalo se o otázce, zdali, když pohledávka byla postoupena,

[39]) O té věci není ani potřebí se šířiti, sr. Klein Festschrift zur JHF I. str. 4.

[40]) Zjev uvedený v textu je výseči širšího zjevu, na který upozornil Tilsch Právo občanské I. str. 51 sl., mluvě o rozdílu mezi dogmatickou a empirickou vědou právní.

[41]) Mám arci na zřeteli ustanovení obsahující právní normy.

náleží důkaz o dobytnosti či nedobytnosti její na cedenta či cessionáře, a zapomnělo se, že věc je patrně rozhodnuta v § 925 o. z. a contrario; vykládalo se, hledíc k § 1158 o. z. (starému), příliš doslovně, že objednávka práce, když objednaný dodá látku, je smlouvou trhovou, a přece § 1163 o. z. (starý) vede na to, že podobné smlouvy jsou patrně v četných případech smlouvami o dílo. Vedl se spor o to, zdali je fideikommissární substituci v pochybnostech pokládati za instituci výjimečnou či za instituci ex die, a přece § 614 o. z. má jasné pravidlo vykládací.[42]) Ve sporu o přípustnost žaloby za odvolání urážky, odprošení atp. bylo ukázáno na § 1323 o. z., jenž káže navrátiti vše v předešlý stav.[43])

12. Důvody zjevu, že právní řád je leckdy chudší v myslích než na papíře, jsou rozmanité a lze je roztříditi na několik skupin.

Je to především nedostatečnost lidského intellektu, neschopnost podržeti v paměti celý rozsáhlý soubor norem, jenž, jak bylo pověděno výše, v právu občanském, ale jistě také v oborech jiných, je velmi rozsáhlý a různorodý. Je to dále většině lidí vrozený sklon k přímočarosti a simplifikaci, snaha shrnouti poznatky k podpoře paměti, čímž pak snadno jednotlivosti unikají. A k tomu by bylo ještě připomenouti, že obsah vědomí se udržuje namnoze nápodobou. Většina žáků zná právo tak, jak jim je byl vykládal učitel, většina právníků applikuje právo tak, jak je podávají nauka a rozhodnutí poslední doby.

Dalším důvodem je, že celá řada ustanovení se stává obsoletní. Právní případy, které náležejí pod to neb ono právní ustanovení, se přestanou vyskytovati a to nejen přechodně, nýbrž odumírá prostě ona větev sociálního života, která je tím neb oním ustanovením regulována. Tím upadají ona ustanovení, jež se nepraktikují, pozvolna v zapomenutí. A leckdy toto zapomenutí jde dále, než by jíti mělo. Na př. některé právní poměry odumírají a s nimi se zapomíná na všechna ustanovení, která je regulovala, ačkoli je v nich leccos, co má ráz všeobecný a sahající přes meze oněch obsoletních ustanovení.

[42]) Novým § 615 bylo dáno vykládací pravidlo právě opačné, což by mohlo býti dokladem, že i zákonodárce neovládá vždy pohotově celého právního řádu. Několik dokladů tohoto zjevu jsem ostatně uvedl ve svých příspěvcích k reformovanému právu občanskému, uveřejněných porůznu v Právníku, ve Sborníku věd právních a státních a ve zprávách Pr. J. moravské.

[43]) Sr. k tomu Pfaff Zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung str. 20 sl. a pojednání citovaná v pozn. 48.

Konečně lze za důvod výše vzpomenutého zjevu označiti, že moderní právní řády jsou v některých částech obsoletní od počátku. Princip recepční přináší s sebou, že se vlečeme v moderních právních řádech s právními ustanoveními již zastaralými. K tomu není po tom, co bylo pověděno pod č. 7 o způsobu kodifikací, zajisté potřebí důkazů. Je však pochopitelno, že zastaralá ustanovení se v paměti nedrží.

13. Nesmíme arci souditi, že se obsoletní obsah zákonů a jejich obsah upadlý v zapomenutí kryjí. Leckdy se takový obsoletní obsah traduje velmi živě, zejména v nauce, někdy snad s vědomím, že jde o obsah obsoletní, jindy však mimo takové vědomí. Z druhé skupiny by snad bylo možno uvésti possessorní ochranu proti prekaristovi, pokud bychom pojem prekaria vykládali s míněním panujícím, t. j. tak, že jde o smlouvu v podstatě shodnou s půjčkou, od níž se liší jen tím, že doba povoleného užívání není určena ani výslovně ani povahou onoho užívání.[44]) Romanistický tvar prekaria[45]) je jistě zastaralý a sociálnímu životu schází asi pochopení pro rozdíl mezi smlouvou, kterou bylo povoleno užívaní po dobu určitou nebo se podávající z povahy povoleného užívání a smlouvou, kterou bylo povoleno užívání po dobu neurčitou (do odvolání) a pochopení, proč v prvém případě není chráněn possessorně poskytovatel užívání, když uživatel věci po odvolání nevrací, kdežto pak v druhém případě chráněn jest.

14. Výsledky, které se podávají z předcházejících řádek, jsou asi podobné, k jakým jsme dospěli, resumujíce pod č. 9. Když se pracuje o kodifikaci, snadno se vyskytnou lidé, kteří chtí horlivě vyplňovati mezery zákona seznané při jeho rozboru, jenž, jak bývá při rozhodování jednotlivého případu nebo při řešení speciální otázky, zhusta operuje s úzkou výsečí právního řádu, a zapomínají při tom, že i bez takového vyplňování mezer k zákonu, který má mezery, se pozvolna připojí interpretatio, jež mezery takové vyplní lépe než oni, ježto příliš detailní a kasuistický ráz nového zákona by se mohl státi překážkou vhodné interpretace.

[44]) Precarium v onom smyslu, jak je vykládá Schey O. V. I. str. 271 sl. jako usus ex iure permissionis seu familiaritatis je jistě praktické, čehož dokladem jsou zejména různé tabulky: Průchod do odvolání, Cesta soukromá do odvolání atp.

[45]) O něm Schey na u. m. str. 237.

Vedle toho je vyplňování seznaných mezer prací hodnoty jen relativní. Neznáme mezer, které bude míti zákon v době vydání a tím méně ony, které bude míti nějakou dobu po vydání. Nanejvýše víme, ač, jak ihned bude pověděno, jen nedokonale, jaké mezery měl zákon v minulosti. Nedokonale proto, že se snad leckdy vidí mezera tam, kde jí ani není, ježto, jak jsme viděli, zákony obsahují ve svém současném vědomí právnickém málo běžném obsahu mnohé, co poslouží k výplni oněch domnělých mezer, takže pak jinaké vyplňování oněch mezer by mohlo býti příčinou nových antinomií.

Také snaha často se vyskytující zlepšovati zákon po stránce stilistické, systematické a p. není bez nebezpečenství. Kdo by ji chtěl podniknouti s jakousi zárukou zdaru, musil by ovládati bezpečně nejen celý text zákona, nýbrž i celou k textu se pojící interpretaci. Kdo se zabývají zevrubněji konkretním právním řádem, vědí, jak často dobré rozhodnutí bylo možno dáti jen proto, že text zákona užil toho a nikoli jiného slova, v tom a nikoli jiném slovosledu, že užil té a nikoli jiné interpunkce, a jsou si tedy vědomi, že pranepatrné posuny v textu zákona způsobí třeba velmi značné změny v onom obalu, který kol tohoto jádra utvořila jeho interpretatio. Tedy jen ten, kdo plně a pohotově ovládá zákon i jeho interpretaci, mohl by se bez nebezpečenství odvážiti zmíněných změn. Ale v té věci nelze, hledíc k tomu, co bylo pověděno výše, než býti skeptickým.

Nelze sice namítati nic proti tomu, aby sporné otázky byly rozřešeny novým textem. Ale z týchž důvodů, jaké byly právě uvedeny, nelze než varovati před tím, aby ze snahy po čisté práci byly rozhodovány jednak spory zastaralé nebo nepraktické nebo takové, které sice podle textu zákona snad trvají, ale kde si již vypomohla interpretace podobně, jako v případech, ve kterých shledala v zákoně mezery.

Konečně sluší šetřiti opatrnosti i při snaze odstraniti obsoletní obsah zákona a to, jak hledíc k neobsoletnímu obsahu ustanovení obsoletních, tak hledíc k tomu, že výše vylíčený sklon k přímočarosti a simplikaci, jakož i nedostatečné poznání přítomné, by mohly spatřovati obsoletní ustanovení v takových, která jimi nejsou a vésti tak k ochuzení řádu právního.

15. Naše doba rozlišuje ostře mezi úkolem zákonodárcovým a úkolem vědy, vytýkajíc právem, že je věcí zákonodárcovou,

aby dával jen právní pravidla, kdežto pak určení právních pojmů definicemi i zevrubnějšími výklady, klassifikace, konstrukce a podobné poučky do zákona nenáležejí.

Když se vydává nový zákonník, který by bylo nazvati novou kodifikací v technickém smyslu, t. j. zákonník, který se formálně odpoutává od zákonů starších, bylo by se jistě držeti těchto vět. Když se jen reviduje zákonník starší, bylo by podobné počínání málo nutkavé a zase ne bez nebezpečenství.

Ony definice na př.,[46]) které obsahuje občanský zákonník, nikomu neškodí, a pokud jsou na sporu s jinakým textem zákona, byly na větším díle již dávno uvedeny na pravou míru. A nikdy nemůžeme říci, zdali v nich není přece více než pouhý výklad pojmu nenáležející do zákona.[47]) I rozmanité konstrukce, které má občanský zákonník, ač o některých nelze pochybovati, že jsou zcela pochybeny, lze snad bez obav přenésti do nového textu. Také ony se leckdy objeví vhodnou pomůckou při výkladu zákona. I konstrukce tak chybná jako je konstrukce práv osobních, definovaných v § 15 a přesněji určených v marginálních rubrikách před §§ 16, 21, 24, 26, 28, 39, 40 a nyní i 43, poskytla dobrou oporu, když se diskutovalo o ochraně svobody a cti podle ustanovení práva občanského.[48])

16. Závěr těchto řádek může býti velmi stručný. Vracím se jím tam, odkud jsem vyšel. Byla-li učiněna textem chystané kodifikace práva občanského v Československu opatrná revise textu občanského zákoníka, učinil jsem pokus, upozorniti na některé modality této opatrnosti, nevyčerpávaje jistě ani z daleka celého thematu.

---

[46]) Sr. o nich moje pojednání O funkci a významu definice v právní vědě v Poctě Ottově v p. 22 a na str. 237.

[47]) Mezi takové definice náleží na př. definice škody v § 1293 o. z.

[48]) Sr. E. Adler Die Persönlichkeitsrechte im a. b. G. B. Festschrift zur J. H. J. II. str. 163 sl. a Mauczka Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die „angeborenen Rechte“ tamtéž str. 229 sl.

K nauce o příčetnosti a trestnosti se zřetelem na trestní odpovědnost mládeže.

(Úryvek ze spisu „Dějiny a systém trestního práva mládeže" pro tisk připraveného.)

Napsal profesor dr. Jaroslav Kallab.

I. Otázka příčetnosti mládeže.

(1. Spor škol o příčetnost. 2. Příčetnost mládeže. 3. Příčetnost a vina. 4. T. zv. zmenšená příčetnost.)

Otázka příčetnosti vede nás do samého středu sporů, které ještě do nedávna nepřekročitelnou propastí dělily od sebe obě hlavní školy trestního práva, totiž t. zv. školu klasickou a školu positivistickou. Nelze zde ovšem jen tak mimochodem hlouběji se pouštěti do těchto sporů. Pro účely naše stačí vytknouti základní myšlenku rozdílu, o nějž v tomto sporu šlo, a zaujmouti k ní stanovisko.

Rozdíl mezi oběma školami z pravidla vidí se v tom, jako by klasická škola aprioristicky z aksiomat vědecky neudržitelných své poznatky vyvozovala, kdežto positivistická škola k poznatkům svým dochází indukcí z objektivně zjištěných fakt. Tak také v otázce příčetnosti klasická škola za kriterion příčetnosti pokládala svobodu vůle, jíž měla za apriorní předpoklad trestní odpovědnosti, kdežto positivistická škola uvědomujíc si faktické rozdíly mezi osobami trestných činů se dopouštějícími, v různé formulaci za kriterion pokládala schopnost dáti na sebe působiti obvyklým prostředkům trestním.

Zdá se, nám, že hlavní příčina nekonečných sporů, jež k tomuto rozporu mínění se připínaly a jež ostatně byly ostřejší tam, kde šlo o základy názorů, než tam, kde šlo o prakticky upotřebitelné jejich důsledky,[1]) spočívala v nejasnosti co do problému, který tu jest řešiti. Otázka kladena z pravidla tak, jako by příčetnost a nepříčetnost byly stavy, jež objektivně bez ohledu na právní řád lze zjistiti. Jako by tedy tu právní řád jen popisoval určité skutečnosti nehodnotě jich a spor toliko o to šel, jak tyto skutečnosti pravdivě vystihnouti. Zvlášť positivistická škola v tomto duchu hledala u lékařů a částečně i u pae-

[1]) Fuchs: Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung. (Lilienthal: Strafrechtliche Abhandlungen, H. 71.) str. 51. — Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. II. (1907) str. 13.

dagogů poučení o otázce příčetnosti. Tento postup byl ovšem metodicky pochybený. Vyplývalť jednak ze stotožnění pojmu se zjevem, jednak z nejasnosti co do povahy pojmů normativních. Dokud si neuvědomíme, že pojem jest toliko k určitému účelu konstruovanou myšlenkovou zkratkou skutečnosti zjevu, dokud nám pojem a skutečnost splývají, velmi snadno propadáme omylu, že pojem béřeme za věc, že jednou konstruovaný pojem zastupuje v našich myšlenkách věc i při úvahách, jež vzhledem k svému cíli zcela jiné konstrukce by vyžadovaly. Tak také pojem duševní choroby v medicině jest konstruován k určitým účelům, i jest metodickou chybou, pojem tento přenášeti prostě do trestního práva, jež skutečnost posuzuje se stanoviska zcela jiného.[2])

K tomu pak dlužno uvážiti, že pojem duševní choroby, jejž nejčastěji tu trestní věda přejímala od jiných věd, sám zase není čistým popisem určitých skutečností, nýbrž že předpokládá hodnocení těchto skutečností se stanoviska praktických cílů, sledovaných medicinou. Jest tu pak na první pohled patrno, že sleduje-li trestní právo jiné cíle, než medicina nebo paedogika, nemohou pojmy těmito vědami vytvořené prostě býti přenášeny do práva trestního.

V tom směru metodicky správnější zdá se nám býti postup školy klasické. V konstrukci svobody vůle totiž nevidíme jen důsledek určitých náboženských a etických názorů, jimž se příčila myšlenka hleděti na lidské jednání jako na jakýkoliv jiný děj přírodní, nýbrž vidíme v ní především metodickou pomůcku, jak vytvořiti právní konstrukce, umožňující uskutečniti konečný cíl každého právního pravidla, totiž přiblížiti se idei spravedlnosti. Máme-li totiž různé děje spravedlivě posuzovati, nutno je vzájemně srovnávati. Srovnání však není možno bez abstrakce, poněvadž dvou úplně stejných zjevů vůbec není. Musíme tedy, chceme-li dva zjevy srovnávati, klásti určitou část jejich znaků jako stejné, abychom si mohli uvědomiti rozdíly mezi těmi znaky, o něž nám právě jde. Tak srovnávajíce výšku, nehledíme k šířce a délce, tedy klademe zjevy vedle sebe tak, jako by jejich šířka a délka byly stejné a rozdíl byl jen v jejich výšce. Jde-li nám tedy v trestním právu o srovnání různých činů lidských, musíme

---

[2]) Löffler: Vorschläge zum österr. Strafgesetzentwurfe (Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4. 1913. str. 45. n.) str. 48.

ostatní znaky dotyčného zevního děje klásti jako sobě vzájemně rovné. Tedy zvláště vše to, co v pachateli se děje, pokud právě to nemá přímého vztahu k úkolu, který jsme si vytkli, totiž k trestání jeho činu. Pokud pak trestní právo stojí na stanovisku odplaty za určité vnější změny, může přihlížeti a vzájemně srovnávati jen ony duševní stavy, jež přímo souvisejí se změnami, o něž tu jde. Klademe-li však ostatní duševní dění v pachateli trestného činu (vyjímajíc jeho úmysl a nedbalost) jako veličiny stejně vedle sebe, čili prohlašujeme-li, že k těmto ostatním znakům historického děje zločinu nebudeme přihlížeti, docházíme nutně k představě, jako by ony změny ve vnějším světě, o něž v trestním právu jde, poslední svou příčinu měly v osobě pachatelově, čili jako by jeho vůle nebyla ničím jiným určena, než jeho osobností, jíž ostatně se rovná všem ostatním lidem, čili jako by byla svobodná. Tak svoboda vůle není jen postulátem určitých náboženských a mravních názorů, nýbrž i postulátem určitého názoru právního. Totiž názorů, jenž trestné činy míní trestati bez ohledu na osobnost pachatelovu. Svoboda vůle tedy není skutečnost, jíž by bylo možno prostředky přírodní vědy zjistiti, nýbrž jest stručným výrazem určitých principů právních. Vyjadřujeť právě myšlenku, že v trestním právu se má postupovati bez ohledu na osobu a osobní osudy jednotlivého pachatele, že jen čin, jímž pachatel ve vnějším světě určitý škodlivý výsledek vyvolal, ospravedlňuje trest, který jen tehdy jest spravedlivý, nepřihlíží-li k ničemu jinému, než k činu samému.

To jest asi důvod, proč tento názor zvlášť v osvícenské filosofii se uplatňoval a proč nacházel nadšených obhájců v době, kdy motivy náboženské i etické, jež tuto konstrukci podporovaly, pozbyly své účinnosti.

Konstrukce svobody vůle tedy není s právnického stanoviska metodicky chybnou. Vystihuje správně stav práva, jak individualistickou reakcí proti staršímu stavovskému právu ku konci XVIII. století bylo vybudováno, totiž práva, jež lidskou individualitu hodnotí jako nejvyšší statek, a nechce ji míti omezovánu více, než jak ospravedlňují škodlivé vnější výsledky individuem přivoděné. Jinými slovy, princip svobody vůle není než principem občanské svobody a rovnosti, aplikovaným na trestní právo. Chybnou stala se konstrukce svobody vůle jen metodickou nejasností v tom spočívající, že konstrukce, jež měla zaručiti po-

užívání určitých právních principů, pojímána jako popis objektivní skutečnosti. Následkem toho metodického omylu hledala pak klasická škola ve skutečnosti zjevy, jež by pojmu svobodné vůle podříditi mohla. Jest nemálo charakteristické, že tu klasická škola dodělala se důsledků, jež od důsledků protichudné školy positivistické se podstatně nelišily.[3]) Viděla ť požadavek svobodné vůle z pravidla uskutečněný tam, kde bylo možno čin pojímati jako uplatnění individuality pachatelovy. Tak ve formuli příčetnosti obě školy nápadně se sobě přiblížily. Pro obě otázka příčetnosti byla substituována otázkou, zda a pokud čin možno pokládati za projev vlastní povahy pachatelovy, čili zda při svém činu pachatel byl činným podle své vlastní míry.[4]) Proti této formulaci bylo právem namítáno, že pak i činy, jež brání nám trestati cit pro spravedlnost, bychom musili prohlásiti za činy osoby příčetné. Vždyť i choromyslný a idiot je činný podle míry své individuality a na druhé straně člověk inteligentní a mravný, dopustí-li se někdy trestného činu, musil by býti prohlášen nepříčetným, poněvadž právě neuplatnila se v činu jeho individualita. Proto právem Tarde[5]) připojil k požadavku, aby čin byl výrazem osobnosti pachatelovy, požadavek „similitude sociale", t. j. požadavek, aby pachatel neodlišoval se příliš od prostředí sociálního, v němž čin svůj provedl.

Právě tato „similitude sociale" jest jen jiným výrazem pro občanskou rovnost, již ovšem Tarde chce zjistiti jako fakt, kdežto metodicky správně problem nezní, zda pachatel jest stejný se svým okolím, nýbrž problém zní, zda a kdy jest podle vládnoucích zásad právních možno s ním nakládati jako s člověkem, s ostatními občany stejným.

V postupném zatlačování názoru klasické školy názory školy positivistické nelze tedy snad viděti vítězství skutečné vědy nad pověrou, nýbrž postupné seslabování oněch právních principů, na nichž státní společenství budovala Velká Revoluce, totiž principů svobody a rovnosti. Jak stát právní, jehož úkol se vyčer-

[3]) Zucker: Über Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher (1899.) str. 9. — Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 18. vyd. 1911. str. 165. a 168. p. 1.

[4]) Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1899.) str. 52. — Prušák: Rakouské právo trestní (1912.) str. 68 — Týž: O příčetnosti osob mladistvých a jich potrestání (1899.) str. 24.

[5]) Tarde: Philosophie pénale (5. vyd. 1900.) str. 83.

pával v ochraně občanské svobody, ustupoval státu blahodějnému, sledujícímu praktické cíle třeba proti vůli občanů, tak musil se seslabovati princip svobody vůle a na jeho místo nastupovati princip účelnosti. Princip účelnosti pak ovšem nemohl již abstrahovati od individuálních růzností mezi lidmi, poněvadž právě tato různost byla rozhodná pro volbu trestních prostředků.

Tak v boji klasické školy se školou positivistickou neuplatňuje se jen věčný boj mezi idealismem a realismem, nýbrž — což pro právní úvahu padá ještě více na váhu — boj mezi dvojím nazíráním na stát, mezi státem právním a státem blahodějným.

Problém příčetnosti tedy nesmíme formulovati tak, že bychom se ptali kdy člověk jest nebo není svobodným, nebo že bychom se ptali, kdy jest nebo není účelno, proti člověku postupovati právě platnými prostředky trestními. Jako právní problém nutno otázku příčetnosti formulovati tak, že se ptáme, kdy individuum pokládáme ve smyslu právním za osobnost, t. j. za možný subjekt oněch práv a povinností, jež vymezeny jsou předpisy hmotného práva. To jest ovšem toliko formální formule příčetnosti. Materielní obsah její dán jest obecným stavem právním, t. j. stanoviskem, jež v dané době stát vůbec zaujímá ke svým občanům. Řešení problému pohybuje se pak vždy na linii, jejíž mezné body dány jsou na jedné straně úplnou svobodou individuí, na druhé úplným pohlcením individua ve státě. V prvém případě stát je prostředkem, jímž individuum sleduje své cíle, v druhém individuum prostředníkem, jímž stát své cíle uskutečňuje. Kyvadlo dějin s jakousi pravidelností pohybuje se pak mezi těmito oběma poly. Nalézti bod, kde v době konkrétního trestního zákoníku na této stupnici kyvadlo se nachází, je otázkou politickou, již abstraktně řešiti nelze.

Není tedy příčetnost ani filosofickou konstrukcí jakousi, ani přírodovědným pojmem. Jest to pojem právní,[6]) stručné vyjádření norem právních, na to se vztahujících, zda a pokud individuum proti státu se pokládá za subjekt trestních práv.

2. S tohoto stanoviska jeví se nám otázka příčetnosti mládeže jako otázka, zda podle daných právních názorů poměr mezi státem a mladistvým individuem jest jiný, než poměr mezi státem a individuem dospělým. Abstraktně jest pak tu trojí možnost: buď

[6]) Bar: Gesetz und Schuld, str. 32.

že stát mladistvé individuum pokládá vůbec toliko za objekt určitých svých práv, nikoli za subjekt, jehož individuální občanskou svobodu by chtěl hájiti. V tom případě jsou pak mladiství vůbec nepříčetní, trestní právo vůbec proti nim uplatniti se nemůže. Nebo že stát i mladistvé individuum pokládá za subjekt občanské svobody, že je klade na roveň dospělému, třeba by právní následky jeho činu přizpůsoboval povaze a potřebám jeho mladistvého věku. Tu tedy odchylka mezi právem dospělých a mladistvých netýká se otázky příčetnosti, nýbrž otázky trestnosti. Nebo konečně že stát vidí v mladistvých zvláštní skupinu svých občanů, jejichž poměr řeší jiným způsobem, než tam, kde jde o dospělé. Jen v tomto případě možno mluviti o zvláštním trestním právu mládeže, otázka příčetnosti jen tu řešena je u mladistvých jinak, než u dospělých.

Toto schema řešení otázky příčetnosti mladistvých ve skutečnosti komplikováno je otázkou další. Jen racionalistická konstrukce, jež byla základem teorie klasické školy, mohla proti sobě klásti toliko stát a individuum, jako by nebylo jiných sociálních svazků mimo stát. Ve skutečnosti právě během XIX. století stále naléhavěji po uznání se hlásily i jiné společenské svazky, i vzniká otázka, zda i svoboda těchto svazků není právním principem, jehož by stát měl šetřiti při konstrukci svého trestního práva. Nejnaléhavěji o uznání se tu hlásí nejnižší společenská jednotka, rodina. Hledí-li stát na mladistvého provinilce jinak, než na provinilce dospělého, jest jedním z hlavních momentů, jenž k tomu žene, skutečnost, že mladistvé individuum k rodině vázáno jest svazky, které v mnohém směru jsou s to, aby nahradily ty vztahy dospělého individua ke státu, jež právě trestním právem jsou normovány. Otázka trestního práva mládeže je tedy o to složitější, než otázka trestního práva osob dospělých, že tu proti státu nestojí jen individuum se svým nárokem na uznání své svobody a rovnosti, nýbrž i rodina se svým nárokem na uznání své vnitřní autonomie, již stát v zájmu své vlastní stability bude z pravidla šetřiti potud, pokud právě rodina proti svým mladistvým příslušníkům jest s to, aby plnila analogické funkce, jaké plní stát proti dospělým svým občanům. Dokud rodina jest s to, aby tyto funkce plnila, má ovšem stát v nepříčetnosti mladistvých prostředek, jak by je z vlastního svého oboru působnosti vyloučil a přenechal působnosti rodiny.

To bylo též stanovisko státu právního, když však rozklad rodinných svazků vedl k tomu, že jiné svazky, než rodina, především stát sám, převzaly proti nedospělému práva a povinnosti rodiny tu v míře větší, tu v míře menší, stal se problém příčetnosti mládeže složitější. Tu totiž teprve místo alternativy příčetný : nepříčetný nastupuje trichotomie : příčetný : výchovy potřebný : nepříčetný. Ona druhá možnost, jež někdy, ač zcela nevhodně, bývá označována jako zmenšená příčetnost, jest tedy výrazem právního stavu, v němž stát proti individuu neosobuje si již jen, jako stát právní, právo a povinnost k ochraně jeho svobody, nýbrž kde stát, stav se státem blahodějným, plní určité další úkoly, v našem případě úkoly, jež doposud plnila rodina na základě své vnitřní autonomie, totiž úkoly související s výchovou mládeže. Tím teprve vzniká stav, při němž na mladistvé nutno hleděti jako na zvláštní skupinu občanů, totiž občanů, proti nimž stát má nejen práva a povinnosti trestním právem normované, nýbrž i práva a povinnosti, jež stručně můžeme označiti výchovnými.

Zákonodárně technicky možno pak tuto myšlenku, totiž vzájemné vymezení těchto tří skupin mladistvých, provésti dvojím způsobem: Buď, že se po příkladu občanského práva, jež ve svých předpisech o moci vrchnoporučenské jest východiskem oněch právních útvarů, jež státu proti mladistvému poskytuje práva quasi rodinná, volí určité pevné věkové sazby a že se ony vlastnosti, jež tvoří faktický poklad oněch práv a povinností praesumují. Praesumpce tato pak může býti vyvratitelná nebo nevyvratitelná. V tomto případě pak, kdy nepříčetnost mládeže konstruována je jako praesumptio juris et de jure, stačí pouhé zjištění věku, aby se rozhodlo zařadění mladistvého do některé z těchto tří skupin. Má tedy tato technika výhodu snadné upotřebitelnosti, tak že ji i méně kvalifikovaný soudcovský materiál může ovládati, dále pak výhodu průzračnosti, jež snadno vzbuzuje dojem právnické přesnosti a nedává vzniknouti pochybám o nestrannosti rozhodování. Nevýhoda této techniky však spočívá v tom, že jako každá praesumpce vypočtena jest jen na případy průměrné, takže se stává neupotřebitelnou tam, kde jasnější názor v životní poměry, o něž jde, dává pociťovati vnitřní nespravedlivost rozhodování, jež připínajíc se ke znaku zcela zevnímu a nahodilému, pomíjejí rozdíly mnohem závažnější.

Proto přechází se od techniky praesumpce nevyvratitelné k praesumpci vyvratitelné. Jest zajímavou kapitolou z dějin trestního práva, jakými momenty v které době praesumpce nepříčetnosti mládeže mohla býti vyvrácena. Nejstarší formou takové ekscepce byla zásada malitia supplet aetatem. Pud po pomstě ještě v národě živý prolamuje tu při činech zvlášť ohavných praesumpci nepříčetnosti mládeže. Racionalism XVIII. století hledá moment, jenž by ospravedlňoval postaviti mladistvého v jeho trestněprávních vztazích na roveň dospělému, v rozumové schopnosti mladistvého, tak totiž, že praesumpce nepříčetnosti vyvrácena býti může důkazem, že mladistvý co do rozumových svých schopností (discernement. Unterscheidungsvermögen) stojí na rovni osobě dospělé. Nedostatečnost tohoto momentu stávala se tím citelnější, čím více v blahodějném státě XIX. století se uplatňovala myšlenka účelnosti. Také prohloubení psychologických vědomostí, jmenovitě zamítnutí učení o samostatných duševních silách vedlo asi k tomu, že vedle intellektuální dospělosti kladen důraz také na vyspělost mravní.

V teoretických sporech, rozvinuvších se kolem otázky, jak vymeziti tuto ekscepci proti praesumované nepříčetnosti mládeže, dlužno vytýčiti jedno stanovisko, jež jako málo jiných je pádným důkazem pro metodickou nejasnost v celé této otázce zavládnuvší. Je to myšlenka, že má-li důkaz o duševní vyspělosti býti součástí právního řádu, musí se vztahovati na schopnost, právní význam činu pochopiti, a jednání své podle právních norem zaříditi.[7]) V tomto názoru způsobem velmi charakteristickým smíšena jest myšlenka správná s myšlenkou hraničící na naivnost. Podkladem tohoto učení jest správná myšlenka, že příčetnost není psychologickým pojmem, nýbrž pojmem právním. Naivnost spočívá v domněnce, že ekscepse příčetnosti stane se právním pojmem, bude-li příčetnost posuzována podle schopnosti uvědomiti si právnický význam činu. Přehlíží se tu, že kvalifikace pojmu jako pojmu právního nezávisí od jeho obsahu, nýbrž od jeho formy, od způsobu, jak jest konstruován. Konstrukce schopnosti uvědomiti si protiprávnost činu a jednání své podle toho poznatku zaříditi, jest stejně psychologická, jako kterákoliv jiná konstrukce této ekscepce, dokud si neuvědomuje, že touto

[7]) Fuchs: Problem, str. 24. — Gretener: Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage (1897.) str. 123. n.

konstrukcí nechceme popisovati určitý psychický stav, nýbrž že jí chceme stručně vyjádřiti určité právní normy. Normu totiž, že dány-li ony skutečnosti, jež tvoří obsah této konstrukce, nastávají určité právní důsledky. Jen cíl, jehož konstrukcí v oboru právním chceme dosáhnouti, činí z ní právní konstrukci, nikoli nahodilá okolnost, že za skutkovou podstatu, s níž určité právní následky spojujeme, béřeme fakt psychického vztahu pachatelova k právnímu životu. Nelze tedy požadavek, že pachatele pokládáme za příčetného tehdy, je-li s to, aby si uvědomil protiprávnost svého činu a podle toho jednal, odůvodňovati tím, že jiná konstrukce by byla neprávnická, nýbrž jen tím, že vystihuje právě ony duševní schopnosti, jež ospravedlňují, abychom poměr mezi mladistvým pachatelem a státem řešili stejně, jako u pachatele dospělého. S toho stanoviska pak nutno konstrukci častěji citovanou prohlásiti za méně účelnou. Požadujeť na jedné straně příliš mnoho, na druhé příliš málo. Příliš mnoho požaduje proto, že také velká část dospělých, o jejichž příčetnosti nebudeme pochybovati, prožije svůj věk, aniž nabude jasnějšího názoru na to, co po právu jest a není dovoleno, a aniž dosáhne oné ideální pevnosti charakteru, aby dovedla činy své ovládati rozumovým svým chápáním. Požaduje příliš málo, poněvadž pochopení pro právní vztahy, i jakási opatrnost, bránící tomu, abychom jednali proti předpisům, může býti výsledkem zcela nahodilých životních poměrů, a získána mnohem dříve, než bychom individuum pokládali za tak vyspělé, abychom s ním nakládali jako s dospělým svým spoluobčanem.

Proto čím dále tím naléhavěji o uznání se hlásí jiná konstrukce této exscepce. Za kriterion příčetnosti se béře na jedné straně vnímavost proti obvyklým prostředkům trestním, na druhé schopnost dáti se vychovati obvyklými prostředky výchovnými. Tato konstrukce nese na sobě patrné stopy utilitaristického chápání trestních prostředků, jaké se uplatňovalo ve škole positivistické. Přehlíží se při obou těchto konstrukcích na jedné straně, že trestní právo na rozdíl od mediciny a paedagogiky nesměřuje jen k účinkům, jež v osobě pachatelově by nastaly, nýbrž sleduje cíle sociální, jichž často dosíci lze i tam, kde v osobě pachatelově nenastane podstatnějších změn, aneb aspoň změn, jež by jej osobně činily sociálně lepším. Za druhé pak přehlíží se, že trest a výchovné opatření se vzájemně nevylučují, a že by bylo

smutným vysvědčením pro techniku vězeňskou, kdybychom jí přikazovali případy, v nichž nelze již příznivých účinků očekávati. Ostatně i kdybychom připustiti chtěli u mladistvých osob, že se vyskytují častěji případy naprosté neschopnosti k výchově, což popíráme, bylo by to jen důvodem k určité úpravě trestních následků činu. Neodůvodňovalo by však o sobě úpravu otázky příčetnosti.

Máme za to, že rozhodneme-li se pro techniku vyvratitelné praesumpce v otázce příčetnosti mladistvých, můžeme ekscepci formulovati jen jako onen stav tělesné, duševní i mravní vyspělosti, jímž výjimečně mladistvý celým svým způsobem života stojí na rovni osobě dospělé. Proti tomu nelze namítati, že při analogickém právním ústavu práva soukromého, totiž při propuštění z moci otcovské a prominutí věku přihlížíme především ke schopnosti soukromoprávní, zvlášť majetkové své právní poměry samostatně spravovati. Že tedy analogicky v trestním právu za dospělého bychom měli pokládati toho, kdo v trestních vztazích, tedy pokud jde o vnímavost proti trestu, jest dospělým. Tato námitka by přehlížela, že trest jest již právním účinkem určitého jednání. Že pak toto jednání v ohromné většině případů se podniká zcela bez ohledu na tento právní účinek, a že se vztahuje na nejrůznější vztahy životní, jež zapadají stejně do okruhu práva soukromého, jako do různých okruhů práva veřejného. Trestní právo jest právě druhotným útvarem právním, jenž předpokládá již soustavu norem život přímo regulujících. Jen o vztah k těmto prvotním normám může jíti při posuzování příčetnosti mládeže.

Že tu věkovou mez plné dospělosti klademe z pravidla do nižšího věkového stupně, než soukromoprávní zletilost,[8]) jest odůvodněno tím, že trestní právo právní účinky spojuje jen s nejhrubšími poruchami vztahů společenských, že tedy předpokládá mnohem hrubší pochopení těchto vztahů, než právo soukromé, nebo dokonce právo veřejné v těch případech, kdy dosažení určitého věkového stupně jest podmínkou určitých aktivních práv politických, jako práva volebního, a zvláště práva býti volenu do korporací zastupitelských.

Technicky myslitelný je ovšem také opačný postup při normování příčetnosti mládeže. Totiž, že se předpokládá příčetnost,

---

[8]) Fuchs: Problem, str. 190. — Vidal: Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire (4. vyd. 1911) str. 208.

proti níž však v určitém věkovém období se připouští ekscepce nepříčetnosti. Jest to stejný postup, jakého trestní právo z pravidla šetří i u dospělých, u nichž také předpokládá příčetnost, připouští však důkaz, že v daném případě jest příčetnost vyloučena.

Tato forma pak zase myslitelna jest ve dvou odrůdách: totiž, že podmínky nepříčetnosti u mladistvých stejně jsou vymezeny, jako u dospělých. Tu tedy není příčetnost mladistvých jinak řešena, než u dospělých, a jediná úchylka jest tu procesuálná, totiž že soud v každém jednotlivém případě z moci úřední k možnosti této ekscepce musí přihlédnouti. Za platnosti zásady pravdy materielní nemá tento rozdíl téměř vůbec významu, a udržuje se v trestních zákonících jen proto, že mimotrestní účinky rozsudku osvobozujícího bývají jiné, nastane-li osvobození pro nepříčetnost u dospělých, nebo u mladistvých.

Řidší jsou případy, že by ekscepce nepříčetnosti u mladistvých jinak materielně byla formulována, než u dospělých, že by tedy znamenala materielně právní privilej mládeže. S názvem nepříčetnosti tu z pravidla nebývá spojován tentýž smysl, jako u dospělých, totiž že by stát vůbec trestní právo své proti těmto mladistvým nemohl uplatniti. Z pravidla volí se tato technika k tomu, aby nemusil stát proti mladistvému vždy používati pravidelných prostředků trestních. Vystupuje tu tedy ve formě a s názvem nepříčetnosti předpis týkající se trestnosti mládeže. Této techniky používají právní řády, dokud se neodhodlají pojati do soustavy svých trestních opatření trestní prostředky mladistvému věku přiměřené.

3. Hledíme-li na příčetnost jako na právní schopnost, odpovídati za trestné činy, a nikoliv, jak obvykle se děje, jako na určitý psychický stav, jejž metodami přírodní vědy by bylo lze zjistiti, usnadňuje se nám řešení dvou otázek, jež též v trestním právu mladistvých zavinily nejednu nejasnost. Míníme otázku po poměru mezi příčetností a vinou, a otázku po t. zv. zmenšené příčetnosti.

Ti, kdo nepříčetnost směšují s určitými duševními stavy, jež z pravidla zákonodárci bývají motivem, aby osoby jimi postižené z oboru působnosti trestního práva vyňal, docházejí snadno k mínění, že čin, jehož se dopustí osoba nepříčetná, jest se stanoviska

práva trestního čímsi zhola bezvýznamným „ein strafrechtliches Nichts".[9]) Z toho pak vyvozují důsledky, zvláště pro otázku trestnosti spoluviny a účastenství.

Ve zcela jiném světle zjeví se nám tyto otázky, hledíme-li na příčetnost jako na právní schopnost, odpovídati za trestné činy. Tu totiž pak jest patrno, že otázka příčetnosti nebo nepříčetnosti nám nastává teprve tehdy, máme-li před sebou skutečnost, jež by mohla býti trestným činem. Jinými slovy: skutková podstata trestného činu teprve tím se stává činem trestným, možno-li ji nějakému subjektu přičítati, čili je-li zjištěna příčetnost osoby, jež skutkovou podstatu tuto přivodila. Poněvadž pak v nynějších trestních právech skutková podstata trestného činu neobsahuje v sobě jen určitý vnější děj, nýbrž i určitý psychický proces v osobě subjektu, musíme tvrditi, že dříve, než se ptáme po příčetnosti, musíme míti zjištěno, zda nejen vnější, t. zv. objektivní znaky skutkové podstaty, nýbrž i zda vnitřní, t. zv. subjektivní znaky jsou dány.[10]) Psychický vztah subjektu k vnějšímu zločinnému výsledku nazýváme pak vinou, a rozeznáváme zásadně dvojí formu viny: úmysl a nedbalost.

Při tomto pojímání věci jest na první pohled patrno, že určitá forma viny může býti dána i tam, kde se nedostává příčetnosti.[11]) Vždyť abychom si v konkrétním případě otázku příčetnosti položiti mohli, musí býti zjištěno, že nejen vnější děj, nýbrž i forma viny pro určitý trestný čin zákonem požadovaná v daném případě jest dána.

V běžné mluvě právnické ovšem si toho vždy nepřipomínáme. Mluvíme-li totiž o vině, máme na mysli již případ, že určitý psychický vztah subjektu k výsledku jest dán u subjektu příčetného. Počítáme totiž s tím, že zákon zásadně každého pokládá za pří-

---

[9]) Lilienthal: Zurechnungsfähigkeit (Vergl. Darstellung des deut. u. ausl. Strafrechts. Allg. T. V. Bd. str. 1. n.) str. 6.

[10]) V tom, tuším, spočívá rozdíl mezi nepříčetností a t. zv. osobními důvody trestnost vylučujícími, jako stavem nouze, nebo příbuzenským poměrem podle § 216 tr. z. Při stavu nouze nedostává se skutkové podstaty, poněvadž chybí protiprávnost jednání, v ostatních případech je již skutková podstata trestného činu vymezena tak, že určité osoby ji nemohou uskutečniti.

[11]) Tak, pokud jde o civilní právo Heinsheimer: Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des bürgerl. Gesetzbuches (Archiv für civil. Praxis 95. NF. 45. 1904. str. 234. n.), kde ovšem na str. 243. připouští možnost, že by v trestním právu se mohly věci míti jinak.

četného, a zná jen určité, poměrně řídké případy nepříčetnosti. Proto hledíme na formy viny jako na pojmy normativní, t. j. jako na myšlenkové zkratky určitých norem právních. To však jest právě již důsledkem stavu, že případy, kde forma viny se vyskytuje u nepříčetného, jsou tak řídké, že prakticky možno je pominouti. Jen proto, že běžná mluva i právnická tuto složitou myšlenku vkládá do slova „vina", zdá se nám rčení „vina bez příčetnosti" čímsi protismyslným.

Právě však v případě příčetnosti mladistvých osob nabývá ono rozlišení mezi příčetností a vinou praktického významu. Tu třeba si uvědomiti, že příčetnost je pojmem normativním, t. j. zkráceným vyjádřením normy, připouštějící trestání, kdežto vina je pojmem eksplikativním, popisujícím psychický stav pachatele trestného činu. Jde tu stejně o popis určitého psychického zjevu, jako ve vnějších znacích zločinu popisujeme určité fysické dění. Nejde tu o normy, nýbrž o součástky norem, skutkovou podstatu, o eksplikativní prvky, z nichž sledujíce určité cíle, tvoříme normy.

Že skutečně formy viny i u nepříčetného jsou možné, setká se s nejmenšími poměrně pochybnostmi tam, kde jde o dolosní delikty komisivní. Že totiž i choromyslný, slabomyslný, i dítě může určitý výsledek si představiti a proň se rozhodnouti, nemůže býti pochybno. Případy, že by duševní choroba a vývojový nedostatek dostoupily takového stupně, že by tyto duševní stavy byly vyloučeny, naskytne se asi jen v případech, která shrnujeme názvem bezvědomí. Tam však, kde vědomí jest již, nebo ještě dáno, jest také dána možnost představ i vůle, a tím i možnost úmyslu. Že tyto představy budou velmi často chybné, že vůle bude tu velmi často ovládána hodnocením, uchylujícím se od průměrného hodnocení, jest již otázka zcela jiná. Pro nás důležito jest jen, že i u nepříčetného jest myslitelno, že výsledek si představil a proň se rozhodl, čili že jednal úmyslně, třeba by následkem jeho nepříčetnosti tento úmysl mu stejně nemohl býti právnicky přičítán, jako se mu pak nepřičítá vnější děj tímto duševním stavem přivoděný.

Složitější jest věc v případě deliktů omisivních a deliktů kulposních. Tu totiž věc je o to složitější, že skutková podstata nevyčerpává se pouhým popisem vnějšího a psychického dění, nýbrž že vymezena jest hodnocením tohoto dění se stanoviska určité porušené povinnosti. Tak omisivní delikty spočívají právě

v tom, že určitá skutečnost, jež nastati měla, nenastala, delikty kulposní pak v tom, že určitý stupeň dbalosti a opatrnosti nebyl vynaložen. To pak ovšem zdá se na první pohled, jako by u nepříčetného nemohl nastati případ, že by právě určitý vnější výsledek přivoditi měl, anebo že by za daných okolností určitý stupeň dbalosti a opatrnosti byl měl vynaložiti. Tento dojem však vzbuzen jest právě jen obvyklým způsobem nazírání na nepříčetnost, jako na určitou psychickou vadu, čili že mluvíme-li o nepříčetnosti, máme obyčejně na mysli krajní případy duševních chorob, tak těžkých, že vůbec o nějaké povinnosti subjektu jimi postiženého nemůže býti řeči. Tento dojem však se ztratí, uvědomíme-li si, že příčetnost a nepříčetnost jsou pojmy trestního práva, vystihující normu o přípustnosti nebo nepřípustnosti trestání. Momenty, jež odůvodňují, aby stát svůj poměr k určitému individuu v trestním právu řešil jinak, než k individuím ostatním, aby se totiž vzhledem k němu vzdal svého nároku trestního, závisí od zcela jiných často okolností, než jsou ony, jež předpokládají normy, proti nimž míří delikt omisivní nebo kulposní. Již nahoře jsme se zmínili, že jsou případy, kde je sice již dána plná trestní odpovědnost, není však ještě dána plná způsobilost k jednání v oboru soukromého práva, nebo dokonce v oboru práva státního. Jsou však myslitelné případy opačné, že totiž subjekt uznává se za způsobilý, aby odpovídal za určité povinnosti, aniž jej pokládáme za způsobilý, aby odpovídal před trestním právem. To zvláště tam, kde opomenutí anebo nedbalost spočívají v porušení norem, jež nejsou positivním právem formulovány, nýbrž jež mravem toliko jsou uznány. Tak jsou nepochybně povinnosti, jejichž nedbání i desítiletý hoch může způsobiti, delikt omisivní, a předpokládáme v obvyklém běhu života, že týž hoch již má dbáti určitého stupně opatrnosti, takže i o nedbalosti, kulpě při něm můžeme mluviti, třeba by nešlo o kulpu trestnou se stanoviska práva trestního.

Třeba by takto dané skutečnosti nemohly býti pro nepříčetnost pachatelovu trestány, nemusí býti pro trestní právo zcela bezvýznamnými. Neboť nepříčetnost pachatelova se nám tu jeví jako osobní důvod privilegující, při němž marně se ohlížíme po důvodu, proč bychom jej měli vztahovati i na spoluvinníka a na účastníka. Jest tedy velmi nepřesné, praví-li se, že spoluvinník osoby nepříčetné

může býti stíhán jen jako nepřímý pachatel.[12]) Jest to opět důsledek častěji vytýkaného omylu směšujícího nepříčetnost s určitými psychickými poruchami. Pojmy nepřímého pachatelství a spoluviny na činu nepříčetného se nikterak nekryjí, nýbrž jsou k sobě v poměru dvou se protínajících kruhů. Nepřímým pachatelem jest spoluvinník nepříčetného jen za stejných podmínek, za nichž se jím stává i u příčetného: totiž tehdy, použije-li ho jako svého nástroje tak, že v mysli hlavního pachatele nenastanou ony psychické stavy, ona forma viny, již dotyčná skutková podstata předpokládá. Že u nepříčetného jest z pravidla věcí snažší dosáhnouti touto cestou žádaného výsledku, než u dospělého příčetného, u něhož nepřímý pachatel by musil již zcela zvláštní konstelace okolností využiti, aby jej buď násilím, nebo lstí jako svého nástroje použil, jest otázka zcela jiná. Ale možnost nepřímého pachatelství tam, kde hlavní pachatel by byl jinak příčetný, nelze vyloučiti stejně, jako nelze u nepříčetného hlavního pachatele vyloučiti možnost jiné formy spoluviny. Bylo by přece jen hrubou fikcí, kdybychom chtěli mluviti o nepřímém pachatelství tam, kde prohnaný devítiletý hoch se nabídne dospělému, že se vloupá do uzamčeného sklepa a kde dospělý přistoupiv na tuto nabídku hlídá na rohu ulice. Opět jest otázkou zcela jinou, nebudeme-li případ takové spoluviny trestati přísněji, než jiné případy.

4. Druhá otázka, jejíž řešení nám, jak za to máme, náš pojem příčetnosti valně usnadní, jest otázka t. zv. zmenšené příčetnosti.

Když positivistický směr trestního práva odvrhnuv jako nevědeckou konstrukci příčetnosti klasické školy o svobodu vůle se opírající, hledal pojem příčetnosti v okrsku poznatků medicinských a pedagogických, viděl s jakýmsi překvapením, že poměr mezi stavy,

[12]) Tak zvláště Motivy k rak. zákonu o trest. právu mládeže, příl. 570. posl. sněm. 22. zas. 1917. str. 23., jako ostatně již Erl. Bemerkungen zum Entwurf eines österr. Strafgesetzes, str. 15. — Správně: Lilienthal: Vergl. Darst. V. str. 107. n. a lit. tam uvedená, ač nesouhlasíme s ním, pokud právě z tohoto důvodu nechce uznati nepříčetnost dětí. Lépe v tomto směru Bar: Gesetz u. Schuld, str. 6., ač za to máme, že nepříčetnost děti není presumována, nýbrž založena zákonem. Poněvadž tu jde o zásadní otázku teorie příčetnosti, nepokládáme účelným, aby zákon stanově nepříčetnost dětí, výslovně vyřkl, že se beztrestnost nevztahuje na spoluvinníky a účastníky, jak navrhovala osnova německé skupiny I. K. V. v. Appelius: Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder (1892.) str. 56.201.

jež byl nakloněn označovati jako příčetnost, a stavy, jež nepříčetností mínil označiti, není poměr antithesy, nýbrž poměr kvantitativní; že totiž možno duševní stavy od plné příčetnosti k plné nepříčetnosti seřaditi ve stupnici, jež nikde nemá ostré, kvalitativní přervy. Jsou stavy, jež bez váhání označíme jako příčetnost, a jsou jiné, při nichž nebudeme pochybovati o nepříčetnosti, jsou však též stavy, ležící mezi těmito ekstrémy, při nichž budeme velmi na váhách, ke které skupině je máme přičísti. Tu pak nejdříve psychiatrie, po ní pak i teorie trestního práva počala mluviti o pochybné, či snížené příčetnosti a počítala sem zvláště případy osob mladistvých, jež vyrostly již sice z prvého dětství, nedosáhly však ještě všech duševních schopností osob dospělých.[13]) Tento pojem zmenšené příčetnosti pak zdál se mnohým velmi pohodlnou pomůckou, jak „právnicky" odůvodniti zjev, že u mladistvých positivní právo i obecné cítění právní se spokojují z pravidla s mnohem mírnějšími tresty, než u dospělých za stejný jinak čin bychom uložili. Nezdá se býti nic samozřejmějšího než zásada: snížená příčetnost, snížený trest.[14])

A přece při podrobnějším rozboru se nám učení o zmenšené příčetnosti zvláště u osob mladistvých zjeví jako právnická nemožnost. Fakt, že ve skutečnosti nejsou dvě úplně rozličné skupiny lidí: lidé úplně duševně zdraví a lidé naprosto nemocní, nýbrž, že skutečnost nás učí, že každé individuum můžeme zařaditi na stupnici, již si myslíme od jednoho stavu ke druhému, na stupeň, tu více se blížící jednomu ekstrému, tu druhému, dlužno uznati za nepochybný: stejně nepochybné však jest, že nelze si mysliti stav, jenž by ležel mezi příčetností a nepříčetností. Vždyť příčetnost a nepříčetnost nejsou popisy určitých psychologických nebo psychiatrických skutečností, nýbrž jsou to stručně vyjádřené právní normy, že v určitých případech soudce

[13]) Dějiny a literaturu tohoto sporu v. Bar: Gesetz und Schuld. str. 37.

[14]) Proti tomu Liszt: Lehrbuch, str. 162. p. 1.: Die Zurechnungsfähigkeit ist Schuldfähigkeit, nicht Straffähigkeit. — Podobně Finger: Zur Frage des Einflusses des Alters auf die Strafbarkeit nach öster. Rechte, und nach dem Entwurfe (Gerichtssaal 49. 1894. str. 202. n.) str. 211.: geminderte Zurechnungsfähigkeit kann nur als Schuldausschliessungsgrund, nicht als Strafprivilegierungsgrund angesehen werden. — Srv. i. Prušák: Příčetnost, str. 120. — Proti tomu ještě Hippel: Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit (Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw. 32. 1911. str. 99. n.) str. 123, 133.

může, v jiných nemůže proti individuu použíti norem práva trestního. Mezi tímto „může" a „nemůže" není pak přechod myslitelný, není tedy také myslitelna „zmenšená příčetnost".[15])

Co tímto nevhodným výrazem mělo býti vyjádřeno, mohlo býti dvojí: buď zmenšená trestnost, nebo omezená příčetnost. Hlavní pohnutka, jež vedla ke konstrukci zmenšené příčetnosti, byla kriminálně politická úvaha, stavějící se proti tomu, aby mladistvý pachatel byl trestán těmitéž prostředky trestními, jako pachatel dospělý. Abychom však právnicky odůvodnili, proč proti mladistvým používáme snad jiných prostředků trestních, než proti dospělým, k tomu konstrukce zmenšené příčetnosti nepotřebujeme, ani nám tu ničeho nemůže pomoci. Nepotřebujeme jí proto, že, jak ještě v následující kapitole blíže vyložíme, otázka trestnosti nemá s otázkou příčetnosti vůbec nic společného. Nemůže nám pak pomoci při právnickém výkladu odchylek v trestání proto, že dříve, než si položíme otázku, jak máme trestati, musíme míti rozřešenu otázku, zda vůbec smíme trestati, tedy i od pravidelné trestnosti odchylná trestnost předpokládá plnou příčetnost. Směšovati tedy otázku snížené trestnosti s otázkou snížené příčetnosti svědčí o nedostatku pochopení obou těchto pojmů.

Právnicky možná je druhá konstrukce, totiž, že (třeba nevhodným) názvem zmenšené příčetnosti vyjadřujeme právní normy na to se vztahující, že mladistvé osoby nečiníme ve stejné míře odpovědnými, jako osoby dospělé, že tedy na př. je stíháme jen za dolosní delikty komisivní, nikoliv však za delikty omisivní, nebo kulposní, nebo, při hrubším rozlišovaní, že je stíháme za zločiny, nestíháme je však za přečiny nebo přestupky. Zda podobné normy jsou kriminálně politicky účelné, nás tu nezajímá; jde nám jen o to, že bychom tu mohli mluviti o zmenšené příčetnosti asi ve stejném smyslu, jako v občanském právu mluvíme o omezené způsobilosti k právním činům. Tu však zase výraz „zmenšená příčetnost" může věc jen zatemniti. Nejdeť tu o nějakou zmenšenou příčetnost, ony osoby nejsou snad méně za své

[15]) Proti pojmu zmenšené příčetnosti v. zvl. Fuchs: Problem str. 146 Gretener: Zurechnungfähigkeit, str. 168., Kahl: Verhandlungen des 27. D. J. T. I. str. 217: Die sog. verminderte Zurechnugsfähigkeit setzt Zurechnungsfähigkeit voraus. — Prušák: Příčetnost, str. 121 p. l. a týž: Rak. právo trestní, str. 70.

činy odpovědné, ony jsou jen odpovědné za určitě vymezené trestné činy, za ty však jsou zcela odpovědné, či vzhledem k nim jsou zcela příčetné, kdežto k ostatním jsou zcela nepříčetné.

Od této t. zv. zmenšené příčetnosti jest lišiti onu potřebu výchovy, již jsme nahoře (str. 66.) položili vedle příčetnosti a nepříčetnosti. Není to třetí stav, jenž by tu byl vedle příčetnosti a nepříčetnosti, nýbrž stav, jenž na určitém stupni vývoje se v trestním právu uznává jako moment, který stejně se spojuje s příčetností jako s nepříčetností. Kdežto příčetnost a nepříčetnost vyjadřují právní normy, že soudce může nebo nemůže proti pachateli trestného činu použíti norem práva trestního, vyjadřujeme kategorií osob výchovy potřebných ty, proti nimž výchovná moc státu se má uplatniti. Záleží pak na úvahách, k nimž přihlédneme v následující kapitole, zda této myšlence se vyhoví tak, že pachatel trestného činu se pokládá za nepříčetného a stát proti němu použije výchovné své moci stejně, jako kdyby se nebyl trestného činu dopustil, či zda jej pokládá za příčetného a tedy trestného a výchovné své moci použije k tomu, aby trest vykonal ve formě výchovného opatření, čili nahradil pravidelný trest výchovným opatřením.

I uznáváme-li tedy zvláštní skupinu mladistvých pachatelů trestných činů, kteří jsou výchovy potřební, nestavíme tím proti příčetnosti a nepříčetnosti třetí stav, nýbrž členíme jen dále buď osoby příčetné, nebo nepříčetné, nebo obě tyto skupiny v osoby výchovy potřebné a ty, proti nimž stát nemá podnětu, aby použil svého práva výchovného.

II. Otázka trestnosti mládeže.

(1. Trest odplatný, probace a reformace. 2. Trest a správní opatření. 3. Trest a opatření vrchnoporučenské. 4. Spojování trestu s opatřením správním a vrchnoporučenským. 5. Kvalitativní a kvantitativní úchylky při trestání mládeže.)

1. Ukázali jsme nahoře, že učení o svobodě vůle jako podkladu příčetnosti se udrželo v trestním právu dlouho potom, kdy náboženské a mravní motivy, jež je podporovaly, pozbyly na své účinnosti, a že se udrželo asi proto, že jako formule abstraktní vědy právní umožňovalo uplatniti v trestním právu myšlenku

občanské svobody a rovnosti, na níž budován nový společenský řád. Neboť učení toto, abstrahujíc ode všech ostatních znaků reálného zjevu zločinu mimo jediný, že právě jeho subjektem je mravní bytost, odvracelo zraky právníků od rozdílů, jež dosavadní stavovský řád mezi pachateli trestných činů činil, učilo je respektovati i v provinilci občana.

Důsledkem této metody vyzvedávající jediný znak reálného zjevu k tomu účelu, aby právě myšlenkové důsledky tohoto momentu mohly býti sledovány, byl i klasický názor na trest. Setkáváme se tu s analogickým postupem, jakého šetřila v téže asi době klasická škola národohospodářská. Jako tato chtějíc vystopovati zákony ovládající hospodaření, vyzvedla z momentů, jež na reálném zjevu hospodaření můžeme zjistiti, jediný znak, totiž osobní zištnost hospodařícího subjektu, tak i klasická škola trestního práva ze všech momentů, jež na reálném zjevu trestu zjistiti můžeme, zdůraznila jediný, totiž moment odplaty. Jest pak moment odplaty jako charakteristikon právního účinku trestného činu produktem podobné abstrakce, jako moment svobody vůle, základ to příčetnosti ve smyslu školy klasické. Jako totiž jsme ukázali, že svoboda vůle jest tu jen výsledek myšlenkové operace, jež za účelem srovnávání nechává nepovšimnuty všechny momenty až na ten, že pachatel je příčinou škodlivého výsledku: tak představa odplatného trestu je výsledkem myšlenkové operace, jež nechává nepovšimnuty všechny ostatní momenty reálného děje trestání, až na ten, že právě jest ve vztahu k určitému trestnému činu. A opět tu dalekosáhlá abstrakce udržela se dlouho potom, když již poznáno bylo, že nevystihuje celé skutečnosti. Udržela se proto, že právě umožňovala odůvodniti snahu, aby pro způsob a míru trestání jen objektivní ráz činu byl rozhodný. Jako tedy konstrukce svobody vůle byla pomůckou k odstranění stavovských rozdílů v trestním právu a k přenesení zásady občanské rovnosti do tohoto oboru, tak konstrukce odplatného trestu byla pomůckou k odstranění arbitrárního trestání a tím k zabezpečení občanské svobody.

Ovšem metodická nejasnost co do vlastní podstaty této pomocné myšlenkové konstrukce svedla zvláště epigony klasického směru k učení, proti němuž positivistický směr byl nutnou a zdravou reakcí. Přehlížejíce totiž, že dalekosáhlá abstrakce klasického směru jest odůvodněna právě tím, že mu nejde o popis

skutečnosti, nýbrž o nahražení skutečnosti takovými myšlenkovými prvky, jež by jej ve směru, o nějž jde, mohly zastupovati, hledali epigoni ve skutečnosti reálné zjevy, jež by oněm myšlenkovým konstrukcím vyhovovaly. Kdežto tedy myšlenka odplatného trestu byla zakladatelům klasického směru předpokladem, s nímž ke svým úvahám přistupovali, stala se pozdějším postulátem, jímž skutečnost chtěli ovládnouti. Jest to stejný omyl, jakého by se dopustil ten, kdo abstraktní konstrukce matematiky neb geometrie by chtěl přenášeti do skutečného tohoto světa, hledal tu bezrozměrné body a jednorozměrné přímky.

Nic potom nebylo snažšího, než když posivistická škola vystoupila s důkazem, že nic takového jako čistě odplatný trest nikdy neexistovalo a existovati nemůže, že trest jako činnost rozumných bytostí vždy jakési praktické cíle musí sledovati. Tato námitka byla stejně odůvodněna, jako by byla námitka, že ve skutečném světě nikde se nevyskytují bezrozměrné body a jednorozměrné přímky. Z pravidla námitka tato nechávala nepovšimnutu jednu stránku problému. Totiž tu, zda ony myšlenkové konstrukce klasického směru nemají jiného smyslu, než zobrazovati skutečnost. Jakmile s této stránky k věci přihlédneme, vidíme, že konstrukce odplatného trestu vznikla právě jen jako pomůcka k tomu, aby z trestního práva stalo se skutečné právo, t. j. soubor zásad, vyhovujících stejným zásadám, na nichž vůbec společenský řád měl býti vybudován. Myšlenka odplatného trestu tedy není snad vyvrácením praktických cílů, jež trestní právo sledovati může, stejně, jako konstrukce přímky není vyvrácením skutečnosti, že v prostoru není zjevů jednorozměrných.

Omylem klasického směru právě bylo, že si sám této metodické povahy svých konstrukcí neuvědomil, a že sám do značné míry kladl požadavek, aby také ve skutečnosti trest byl vždy odplatou zla zlem.

Do analogického omylu upadala však také positivistická škola trestního práva, když viděla v trestu jen opatření určité praktické cíle sledující. I tu jde o jednostrannou abstrakci, jež nad to stižena je tou vadou, že vyzvedá stránku právě pro čistě právnickou úvahu asi tak bezvýznamnou, jako by byla pro úvahu geometrickou barva pozorovaného předmětu. Nechává totiž tato abstrakce nepovšimnuty právě ty stránky reálného zjevu zločinu a trestu, o něž nám v trestním právu jde. Totiž otázku, zda a za jakých

podmínek toto sledování určitých praktických cílů státem vyhovuje idei spravedlnosti. Jako tedy klasický směr hlavně u svých epigonů pro pozorování právní formy trestu zapomínal na jeho reálný obsah, zapomínal positivistický směr pro reálný obsah trestání na právní jeho formu.

Ale i tu přechod od klasické školy ke škole positivistické byl výrazem hlubší přeměny v základním pojímání právní stránky trestání. Klasická škola byla výrazem doby, kdy individuum, uvědomujíc si samostatnou svou hodnotu, stavělo se proti státu jako stejně oprávněný činitel, a problém trestního práva řešen se stanoviska, že právě stát jest toliko ochráncem občanské svobody, již nesmí omezovati jinak a jindy, než jak zákonem předem jest pro všechny občany stejně stanoveno. Positivistický směr naproti tomu byl výrazem doby, kdy stát blahodějný rozsáhlé další funkce na sebe bráti počal, kde individuum počalo následkem postupující socialisace mizeti ve státní společnosti, jež ke svým účelům a podle svých potřeb si je přizpůsobovala. Jest tedy vyloučeno, aby klasický směr vyvrátil směr positivistický, nebo naopak. Každý z těchto obou směrů má na mysli jiný vztah mezi individuem a státem, každý z nich vypočten jest na jiné politické poměry.

Hlavní omyl klasické školy spočíval v tom, že se domnívala, že její konstrukce platí vždy a všude. Platí ovšem vždy a všude, pokud na ně hledíme jako na abstraktní pomůcky myšlenkové, vycházející z určitých předpokladů. Jakmile však z říše čirého myšlení sestoupíme do říše reálného dění, stává se i platnost těchto konstrukcí podmíněnou, podmíněnou tím, že právě dány jsou ony politické vztahy, jež tato konstrukce předpokládá.

Když sociální vývoj XIX. století od krajního individualismu doby osvícenské přešel k různým formám socialismu, když tedy již stát proti individuu nestál jako nezúčastněná druhá strana, nýbrž jako ochránce a pomocník slabého, musil i základní ráz trestu se změniti. Pouhá odplata tu pociťována buď jako cosi bezúčelného, nebo jako cosi bezdůvodně krutého. Místo toho na oči se tlačily pravé rozdíly ve vztazích, v nichž pachatel trestného činu jako pomoci a ochrany potřebující člen společnosti lidské k této společnosti může státi. Tu pak schematicky dva případy musíme rozeznávati.

Především případ, že individuum jen vnějšími okolnostmi se

dalo k trestnému činu strhnouti. Tu odplata zlem pociťuje se jako nespravedlnost a jediné, čeho od státu se očekává, jest, že právě uchrání individuum od možných škodlivých vlivů, že je posilní v jeho odporu proti nim. Odtud myšlenka připustiti v trestním právu možnost prominouti trest, nebo (poněvadž právě okolnost, že jen vnější vlivy byly příčinou trestného činu, jen zkušeností se dá prokázati) myšlenka, odložiti výkon trestu pod podmínkou dobrého chování a zabezpečiti po případě toto dobré chování přiměřenou přátelskou pomocí. Tak asi došlo se k instituci prominutí trestu a podmínečného odsouzení i ochranného dozoru, k institucím, jež terminologie americké nauky vězeňské shrnuje názvem probace.

Druhá skupina případů jsou ty, kde příčina zločinu leží v povaze pachatele samého. I tu pouhá odplata zla zlem pociťuje se za nespravedlnost. Zároveň uvědomujeme si tu nemožnost předem stanoviti, za jakou dobu a jakými prostředky bude možno povahu pachatelovu přizpůsobiti sociálním podmínkám tak, aby právě na příště zločinu se zdržel. Odtud myšlenka nestanoviti v rozsudku předem trvání trestu, nebo aspoň umožniti pachateli, aby, dosáhna dříve vytknutého cíle, byl dříve z trestu propuštěn. Dále myšlenka postupným používáním různých prostředků na povahu pachatelovu působiti ve smyslu sociálnímu životu přiměřeném. Tak vznikla myšlenka předčasného propuštění z trestu, nevymezeného rozsudku a progresivního výkonu trestu, tedy soubor oněch opatření, jež shrnujeme podle amerického vzoru názvem reformace.

Tak postupně myšlenka odplatného trestu zatlačována myšlenkou probace a reformace. Tento převrat především se osvědčil u mladistvých, u nichž vždy potřeba odplaty byla méně naléhavá a u nichž také potřeba ochrany jejich občanské svobody, jíž konstrukce odplatného trestu především sloužila, tím méně na uznání naléhala, čím hlouběji pronikala myšlenka, že mládež především jest objektem sociální péče a teprv v druhé řadě subjektem samostatných veřejných práv.

2. Soubor oněch funkcí, jež podniká stát sleduje praktické svoje cíle, nazýváme státní správou. Když tedy, jak jsme ukázali, během XIX. století stále naléhavěji stát také v trestním právu a trestním právem určité praktické cíle sleduje, stává se hranice mezi trestním a správním právem stále nejasnější. Snaha,

udržeti tu jakousi pevnou mez, byla asi z nejmocnějších pohnutek, jež jednotlivé zastance trestního práva hnaly k hájení principu odplaty.[1]) Cítili, že jakmile tohoto principu by se vzdali, zmizela by jim půda pod nohama, trestní právo by zmizelo v právu správním. O sobě ovšem takováto proměna by nebyla vyloučena a rozhodně by sama o sobě neospravedlňovala hájiti principu, jenž za daných společenských i mravních názorů se stal neudržitelným. Avšak při podrobnějším rozboru se nám ukáže, že tak daleko ještě nejsme, že nebezpečí, že by trestní právo bylo pohlceno právem správním, ještě přímo nehrozí. Ukáže se nám pak též, že myšlenka odplatného trestu není jediným, není také ani způsobilým prostředkem, aby tomuto splynutí zabránila.

Myšlenka, že by právě odplatný ráz trestu byl kriteriem mezi trestem a správním opatřením, jest opět důsledkem oné častěji vytýkané záměny pojmové konstrukce se skutečností. Správná myšlenka v tomto mínění obsažená jest asi ta, že zastanci klasického směru, chtějíce učiniti z trestního práva instituci skutečně právní, předpokládali, že jediným znakem trestu jest odplata. Následkem zmíněné záměny povstala z toho myšlenka, že odplata je podstatným znakem trestu. To tedy, co u zakladatelů směru bylo apriorním předpokladem, sloužícím toliko k odůvodnění důsledků, o něž vlastně šlo, bráno pozdějšími za podstatnou náležitost oněch důsledků. Jest to podobný omyl, jako by byl v úsudku: „chceme-li měřiti vzdálenost, musíme předpokládati, že přímka, spojující oba body, o jejichž vzdálenost nám jde, nemá jiných rozměrů, než délku. Tedy věc, jejíž délku chceme zjistiti, nemá jiných znaků, než délku.“ Zde chyba úsudku bije do očí. Při analogickém úsudku v trestním právu však přehlížíme, že předpoklad odplaty jest právě jen pomůckou k zjištění spravedlnosti trestu. Že nám tedy nejde o odplatu, nýbrž o spravedlnost.

Tím, že zaměňovali předpoklad s důsledkem, vzdali se zastanci klasického směru možnosti, aby ovládli myšlenkově právní

[1]) Sem dlužno počítati i teorii Zuckerovou, jenž (Schuld u. Strafe, str. 5. 37.) vykládá trest jako historicky vzniklou reakci na určité činy. Zucker si neuvědomil, že to, co jako historická nutnost se vyvinulo, nemůže o sobě býti normou pro to, co má býti. Jde tu o záměnu eksplikativního a normativního chápání pro dobu Zuckerovu charakteristickou.

instituce, jež s názvem trestního práva vznikly v době změněných sociálních poměrů. A přece již obvyklé zařaďování trestního práva do oboru funkcí justičních tu bylo dosti jasným ukazatelem. Spočívát nepochybně v momentu spravedlnosti znak, přibližující výkon trestního práva výkonu práva justičního, osvědčujícího se při rozhodování sporů soukromoprávních. Jako tu stát nechává nepovšimnuty osobní snahy a tužby individuí v soukromoprávní vztahy vstupujících, tak tam právě myšlenka odplaty byla výrazem ideje, že stát především k otázce spravedlivého trestání má přihlížeti, nechávaje nepovšimnuty všechny ostatní momenty. Tím není řečeno, že by tu těchto ostatních momentů nebylo; jako nikdo snad neuzavírá trhové smlouvy jen proto, aby uskutečnil určitý předpis občanského práva, nýbrž proto, že potřebuje určitých statků k své obživě, k svému šacení a podobně, tak také stát netrestá jen proto, aby uskutečnil určitý předpis trestního práva, nýbrž aby zabránil dalším škodám, aby určité hodnotní úsudky v občanstvu upevnil a pod. Ale jako civilní soudce ony momenty, jež soukromníka pohnuly ke kupu, při svém rozsudku pomíjí, tak také ono sledování určitých praktických cílů trestem není vlasní úlohou trestního soudce.

Nespočívá tedy charakteristikon trestního práva v odplatě, nýbrž v tom, že stát občanskou svobodu pokládá za tak významný statek, že opatření, jimiž do ní se zasahuje, zabezpečuje všemi oněmi kautelami, jimiž zabezpečuje vykonávání spravedlnosti vůbec. Materiálně můžeme za charakteristikon trestního práva označiti jen, že tu autoritativně se stanoví, co nemá býti, že tu tedy jde o nejslavnostnější formu, jíž stát vyřkne svůj nehodnotný úsudek o určitém způsobu jednání. I tu ovšem jde o popis určitého historicky podmíněného zjevu a nikoliv, jak klasická škola se domnívala, o stanovení jakýchsi principů věčně a všude platných. S touto výhradou však můžeme tvrditi, že na našem stupni kultury trestní právo jest onou formou ochrany občanské svobody, jíž poskytuje stát, zabezpečuje jednotlivci, že jen určité jednání jeho provázeti bude svým nehodnotným úsudkem a že i tu ona opatření svěří orgánům, kteří by poskytovali největší záruky nestrannosti a spravedlnosti.

Mezi trestem a správním opatřením tedy není rozdílu co do jejich obsahu, nýbrž jen co do jejich podmínek a způsobu, jak

se vykonávají. V tom tedy spočívá také rozdíl mezi trestním právem a správní justicí; kdežto při správní justici správní soud stojí proti úřadu správní úkon před se beroucímu, jako soud civilní proti občanu soukromoprávní úkon před se beroucímu, totiž přenechávaje jemu, aby odhadl účelnost svého jednání a zkoumaje toliko jeho spravedlnost, v trestním právu již úkon sám svěřen soudu, čímž již předem vyloučena býti má možnost, zneužiti přemoci státní ve službách tendencí nahodilých držitelů státní moci tam, kde jde o občanskou svobodu.

A opět tu toto pojmové ohraničení trestního práva od práva správního stává se méně ostrým tam, kde jde o mladistvého provinilce. Vždyť tu právě potřeba chrániti individuální svobody jest méně citelnou, stále rozsáhlejší obory veřejné správy zasahují denně do volnosti mladistvých individuí, tak že nepociťujeme již jako anomalii, stírají-li se postupně rozdíly mezi trestním a správním právem, poskytuje-li se i jiným orgánům, než soudům možnost, aby obmezovaly svobodu individua, nevymezují-li se předem případy, kdy se tak státi může tak, aby volnost pohybu jen ve výjimečných, zákonem taksativně vypočtených případech byla omezena, a tedy neklade-li se za podmínku onoho opatření autoritativní nehodnotný úsudek o jednání trestaného individua.

3. Hlavní příčinou, proč nepociťujeme u mladistvých individuí tak intensivní potřebu ochrany osobní svobody, jako u osob dospělých, spočívá v tom, že stát tu postupně přejímá funkce rodiny, že ve svém právu vrchnoporučenském vypracoval celý systém opatření, jimiž do osudů mladistvé osoby může zasáhnouti, aniž tu třeba jest nehodnotného úsudku o určitém jeho jednání. V tom směru tedy podobá se opatření vrchnoporučenské opatření správnímu. Na druhé straně podobá se opatření trestnímu v tom, že tyto úkony aspoň většinou se svěřují také soudům asi v té úvaze, že tu nepřímo jde o zasažení jinak hájené sféry individuí dospělých, totiž výchovných práv rodiny. Proto z pravidla zákony i výkon těchto práv svěřují orgánům poskytujícím největší záruky nestrannosti. Tyto momenty, jimiž vrchnoporučenská moc blíží se na jedné straně moci správní, na druhé moci trestní, zakrývají nám velmi často znak, jímž od obou podstatně se liší. Spočívá v tom, že tu nejde o zájmy státu, nýbrž o zájmy mladistvého individua samého. Proto zařaďujeme předpisy této věci se týkající

do práva soukromého. Ovšem dostává se této ochrany zájmům nezletilých proto, že se pokládají za neschopné, aby sami poznali, v čem vlastně spočívá skutečný jejich zájem. Tím ovšem prakticky zase onen rozdíl mezi vrchnoporučenskou mocí a mocí správní i trestní velmi často mizí. Neboť onen zájem, jejž soud mladistvému imputuje, zpravidla bude zájmem nejen jeho, nýbrž i zájmem státu, tak že třeba nepřímo tu přece zase stát sleduje své praktické cíle proti osobě postiženého, sleduje je pomocí soudů, takže nakonec rozdíl mezi touto činností a činností trestního soudu jen v tom spočívá, že tu není podmínkou opatření proti osobě, aby soud autoritativně vyřkl nehodnotný úsudek o způsobu jejího jednání. Touto vnitřní příbuzností si vysvětlujeme, proč namnoze tato vrchnoporučenská moc splývá s mocí trestní, až, jako v jednotlivých zákonech severoamerických o zvláštních soudech pro mládež marně se ohlížíme, kde je hranice mezi mocí vrchnoporučenskou a trestní.

Jakmile však mizí podmínka, že trestní moc se může uplatniti jen na základě nehodnotného úsudku o jednání postiženého, zbývá nám z trestního práva jen jméno. Tak docházíme k úsudku, že t. zv. trestní právo mládeže je přechodným útvarem právním. Vyskytuje se tam, kde obava před zneužitím státní moci proti individuu vymizela, kde tedy se již aspoň u mladistvých nepociťuje potřeba ohraditi zasažení do jeho sféry volnosti zevními kautelami trestního práva, a kde naopak zavládne taková důvěra ve státní moc, že se jí svěří výchova dorostu zvláštní péče potřebujícího bez obav, že by tím ať mladistvý sám, ať jeho rodina ve skutečných zájmech byli zasaženi.

To by překvapovati mohlo jen toho, kdo na rozdělení práva v jednotlivé jeho obory hledí jako na myšlenkovou nutnost, nezávislou na historických podmínkách. Ve skutečnosti rozdíl mezi veřejným a soukromým, mezi trestním, vrchnoporučenským a správním právem jest výsledkem historického vývoje a jím daných sociálních podmínek. Jakmile tyto podmínky se změní, mění se postupně i rozdíly mezi těmito obory právními. Jako trestní právo podmíněno jest potřebou ochrany individua proti přemoci státní, tak mizí tam, kde tato potřeba se již nepociťuje.

4. Dříve, než dojde k pohlcení trestního práva aspoň u mladistvých právem správním a vrchnoporučenským, setkáváme se s přechodnými útvary právními, při nichž více méně dovedně

obojí, po případě všechny tři momenty se slučují. Počátkem jest tu pouhé mechanické spojování obvyklého trestu s případným opatřením správním nebo vrchnoporučenským. Tak připouští se u mladistvých, aby vedle trestu byli odkázáni správnímu úřadu k tomu, aby zavedl přiměřenou jejich výchovu, nebo že vedle trestu přenechávají se vrchnoporučenskému úřadu, aby stanovil způsob přiměřené jejich výchovy. Toto pouze mechanické slučování trestu s opatřením správním nebo vrchnoporučenským jest ovšem na delší dobu neudržitelné. Jest to jen koncese, jež se tu delší, tu kratší dobu činí ještě myšlence trestu odplatného. Jakmile pronikne přesvědčení, že odplata sama o sobě nevyčerpává smysl trestu, tlačí se nevhodnost anebo právnická nemožnost této konstrukce na oči. Neboť uvědomíme-li si, že co do obsahu není rozdílu mezi trestem a správním opatřením, uvědomujeme si nemožnost konstrukce, jež chce jednou trestem spravedlivě trestati, podruhé správním nebo vrchnoporučenským opatřením praktických cílů jakýchsi dosíci. Vždyť i tato opatření musí jako opatření právní vyhovovati idei spravedlnosti. Jak je pak možno, aby této idei se dostálo proti témuž individuu z podnětu téže skutkové podstaty dvojím nebo dokonce trojím opatřením? A máme-li na tato opatření hleděti jako na celek, proč nedati je do rukou témuž orgánu, trestnímu soudu?

Proto druhým stupněm ve vývoji trestního práva mládeže jest, že se trestnímu soudci svěřují určité funkce, jež jinak připadají úřadům správním nebo vrchnoporučenským, aby jich po případě použil vedle trestu.

Tu však již bezúčelnost onoho odplatného trestu příliš stává se citelnou. Na čas pomáhá tu právo milosti. Právní řád zdráhá se ještě vzdáti se myšlenky odplaty, třeba by ji již pokládal za zbytečnou, a používá prostředku milosti k tomu, aby se jí zbavil v případech, kde její použití příliš by bylo v odporu s myšlenkou spravedlnosti. Milost však, jež vázána jest na určité právní úvahy a podmínky, přestává býti milostí a stává se momentem, jenž jest s to, aby podryl důvěru ve spravedlivost opatření soudem činěných. Vždyť jeví-li se udělení milosti vzhledem na uznané potřeby sociální nutností, nelze nahlédnouti, proč by její výkon neměl býti přenechán soudům, jež přece poskytují více záruky nestrannosti a přesného vystižení skutečných poměrů, než správní úřady, od jejichž dobrého zdání z pravidla udělení mi-

losti závisí. Tak také forma milosti jest jen přechodným útvarem, poslední koncesí, jež se činí odumírající myšlence odplatného trestu. Tak se dospívá k poslednímu stadiu zvláštního trestního práva mládeže, totiž k tomu, že soudu dána možnost, aby pravidelný trest buď vůbec, nebo za určitých podmínek prominul, nebo aby jej nahradil určitým opatřením správním, na př. odkázáním do určitého ústavu výchovného, nebo vrchnoporučenským, na př. postavením pod dozor výchovný.

Tato vývojová řada setkává se pak s jinou, jež z pravidla současně se odehrává v oboru výkonu trestu.

5. Racionalism klasické školy skutečnost radikálně zjednodušující viděl v trestu jen moment odplaty. Právě tak, jako nahražoval zločinné individuum schematem bytosti jen rozumem ovládané a svobodně se pro zločin rozhodující, tak nahražoval velmi reálný trest jen schematem zla, jež pachatel v odplatu za svůj čin měl vytrpěti.

I tato myšlenka klasické školy byla kriminálně politicky velmi plodnou, pročež se udržela ještě potom, kdy praktická její nevhodnost se již tlačila na oči. Jako každý racionalistický směr, tihnul i klasický směr trestního práva k tomu, aby rozdíly kvalitativní nahradil rozdíly kvantitavními. Vždyť jen kvantitativní rozdíly jsme s to, abychom pořadím čísel myšlenkově ovládli a je racionálními formulemi vyjádřili, kdežto kvalitativní rozdíly se racionálnímu zachycení vymykají. Proto se stal tento směr tak nadšeným obhájcem trestu na svobodě a trestu peněžitého, poněvadž u nich je skutečně možno utvořiti řadu jen kvantitativně se lišících jednotek. Jako předpoklad svobody vůle byl zbraní proti stavovské, třídní justici, jako předpoklad odplatného trestu byl zbraní proti arbitrérnímu potrestání, tak předpoklad kvalitativních rozdílů mezi tresty byl zbraní proti nelidským trestům tělesným. V tomto trojím směru klasická škola splnila své poslání; bylo úkolem positivistického směru, aby zase k platnosti přivedl ony momenty, jež racionalism směru klasického pomíjel. Tu pak především do očí bilo, že domněnka o kvantitativních rozdílech mezi různými tresty na svobodě a různými pokutami jest fikcí, jakých potřebuje racionalism pro své účely, jejichž skutečná povaha se nám však ihned ukáže, jakmile sestoupíme na úroveň tvrdé skutečnosti. Jen zdánlivě jest vězení jednoho měsíce polovicí onoho utrpení, jež se ukládá ve formě

dvouměsíčního vězení, pokuta jednoho sta korun polovicí utrpení uloženého pokutou dvou set korun. Záleží tu vše na individualitě trestancově i na způsobu, jak trest se vykonává.

Odtud pak jest krok k poznatku, že zásada: menší vina, kratší trest nemusí vyhovovati ideji spravedlnosti. Tento poznatek zase se stal zvláště citelným při trestání osob mladistvých. Klasická škola tu postupovala podobně, jako středověcí malíři znázorňující děti jako miniatury dospělých osob. Tak také usuzováno, že vina mladistvých jest menší a z toho vyvozován požadavek trestu kvantitativně menšího. Mladistvý věk tak zařaděn mezi okolnosti polehčující, odůvodňující vždy nižší potrestání, než u osob dospělých by bylo za stejných jinak okolností přípustno.

Když pak positivistický směr podrobněji přihlédl ke skutečnosti, nemohlo mu ujíti, že rozdíly mezi osobami mladistvými a dospělými nejsou kvantitativní, nýbrž kvalitativní, že tu nelze mluviti o menší vině, nýbrž o vině jiné a že také nevyhovuje ideji spravedlnosti trest kvantitativně menší, nýbrž trest jiný. Odtud požadavek zvláštních trestních opatření při mladistvých, opatření, jež by svým rázem byla přiměřena zvláštnostem mladistvého věku. Neboť pro mnohé, co tvoří právě zlo trestu u dospělého, mladistvý nemá vůbec ještě pochopení, na druhé straně mnohé, co dospělý otužilý vůbec jako zlo nepociťuje je mladistvému nesnesitelným omezením.[2])

Zvláště však se při této úvaze na oči tlačily rozdíly vyplývající z plastičnosti, jíž se vyznačuje povaha osob mladistvých. Jednak totiž tu spíše byla na snadě mravní infekce v prostředí trestnic, jednak možnost utvářivě působiti na ni prostředky výchovnými. Odtud jednak snaha také zevně odlišiti prostředky trestní, pokud se jich má použiti proti mladistvým, od obvyklých prostředků přípustných u osob dospělých, jednak snaha použiti trestu jako prostředku výchovného. Konečně i myšlenka neomezovati se jen na přizpůsobování obvyklých prostředků trestních potřebám osob mladistvých, nýbrž připustiti u mladistvých zvláštní prostředky trestní, hlásila se o uznání. Tak zvláště myšlenka zavésti v trestním právu mládeže výprask, nalezla hojně

[2]) Appelius: Behandlung, str. 108., srov. i. 27. D. J. T. 4/2 str. 394., 659. a Lenz: Das Jugendstrafrecht (Schriften des Ersten Österr. Kinderschutzkongresses 1907. Bd. II. str. 271. n.) str. 316.

bhájců. Celkem však vývoj směřoval k tomu, aby soustava restních opatření proti mladistvým se přizpůsobila těm vychovaným opatřením, jichž správní a vrchnoporučenské právo s úspěchem používalo,[3]) a tu směr tihnoucí k vytvoření zvláštních trestních opatření u mladistvých se setkal se směrem tihnoucím k náhradě pravidelných trestů opatřeními správními i vrchnoporučenskými.

Tak také hnutí směřující k tomu, aby mechanické kvantitativní rozdíly mezi tresty byly nahraženy rozdíly kvalitativními, podporovalo vývoj směřující k pohlcení trestního práva mládeže právem správním a vrchnoporučenským.

Porušení belgické a lucemburské neutrality Německem ve světové válce.*)

Dr. Cyril Horáček jun.

Vpád německého vojska do Belgie a Lucemburska na počátku světové války byl prvním skutkem velkého dosahu, jenž otřásl mezinárodním právem a byl úvodním článkem celého řetězu přečinů proti mezinárodnímu právu, které se během této války vyskytly. Porušení belgické a lucemburské neutrality, které vzbudilo tehdy takový rozruch v celé mezinárodní veřejnosti, je tak důležitým případem porušení závazků uložených mezinárodním právem, že zasluhuje, aby věnována mu byla bližší pozornost.

Trvalá neutralita království belgického se zakládala na smlouvě uzavřené mezi Rakouskem, Francií, Velkou Britanií, Pruskem a Ruskem z 26. června 1831 (smlouva osmnácti článků) a 15. října téhož roku (londýnská smlouva dvaceti čtyř článků), ke které přistoupila Belgie 15. listopadu 1831. Tato smlouva v redakci posléze uvedené obsahovala článek sedmý tohoto znění: Belgie bude tvořiti ve hranicích stanovených čl. 1, 2 a 4 stát trvale neutrální. Bude povinna zachovávati tutéž neutralitu vůči všem ostatním státům.

Článek 25. téže smlouvy stanovil: Dvůr rakouský, francouz-

---

[3]) Proti tomu ještě Zucker: Schuld und Strafe, str. 75.

*) Základem této práce je referát přednesený v semináři práva mezinárodního prof. Hobzy.

ský, velkobritský, pruský a ruský zaručují J. V. králi belgickému provedení všech předcházejících článků. Všechny tyto závazky byly obnoveny a znovu formulovány londýnskou smlouvou z 19. dubna 1839, kdy uznalo samostatnost a neutralitu Belgie též Hollansko. O platnosti těchto smluv nebylo nikdy pochybností a smlouvy ty byly uznávány všeobecně jak vládami států garančních tak i států ostatních.

Podobným způsobem založena byla trvalá neutralita velkovévodství lucemburského smlouvou z 11. května 1867. Státy signatárními byly tu všechny tehdejší velmoci, Rakousko, Francie, Velká Britanie, Prusko, Rusko a Italie. Článek druhý této smlouvy zní: Velkovévodství lucemburské bude tvořiti napříště stát trvale neutrální. Bude povinno zachovávati tutéž neutralitu vůči všem ostatním státům. Vysoké smluvní strany se zavazují respektovati zásadu neutrality založenou tímto článkem. Tato zásada je a zůstane postavena pod sankci společné záruky mocností podepsaných na této smlouvě s výjimkou Belgie, která je sama státem neutrálním.

Přes tento svůj závazek porušilo Německo ve světové válce nejprve neutralitu Lucemburska a pak neutralitu Belgie. V noci ze dne 1. na 2. srpen 1914, dříve ještě, než byla vypovězena válka Francii, obsadily německé branné síly bez jakékoliv noty, ultimata nebo aspoň ohlášení*), lucemburské území. Lucembursko nebylo s to brániti se vojenskou mocí tomuto vpádu a omezilo se na protest, který podalo všem státům, jež podepsaly smlouvu z r. 1867, tohoto znění: „Mám čest oznámiti Vaší Excelenci tyto skutečnosti: V neděli 2. srpna časně z rána vnikly německé branné síly, podle informací, které došly velkovévodskou vládu v tuto hodinu, na území lucemburské přes mosty u Wasserbilligu a Reňichu, směřujíc hlavně k jihu země a k hlavnímu městu vévodství Luxemburgu. Určitý počet pancéřových vlaků s vojskem

*) Teprve 2. srpna došel lucemburské vlády tento telegram min. zahr. věcí v Berlíně v. Jagowa: „K naší velké lítosti vojenská opatření, která byla učiněna, stala se nevyhnutelnými, poněvadž jsme obdrželi bezpečné zprávy, podle kterých vojenské francouzské síly byly na pochodu proti Luxemburgu. Byli jsme nuceni učiniti opatření ku ochraně našeho vojska a bezpečnosti našich železných drah. Naším úmyslem není nijaký nepřátelský akt proti Lucembursku. Pro přítomné nesmírné nebezpečí bylo nám bohužel nemožno zahájiti předcházející rozhovory s lucemburskou vládou."

Louis Renault: Les premières violations du droit des gens. Paříž 1917.

a municí byl připojen na železnici z Wasserbilligu do Luxemburgu, kam, jak se očekává, každým okamžikem přibudou. Tyto skutečnosti obsahují činy, zřejmě odporující neutralitě velkovévodství zaručené smlouvou londýnskou z r. 1867. Vláda lucemburská neopomenula energicky protestovati proti tomuto útoku u zástupců J. V. císaře německého v Luxemburgu. Stejný protest je zasílán telegraficky státními sekretáři pro zahraniční věci v Berlíně atd.“ *)

Stejně rozhodně protestovala proti porušení neutrality lucemburské vévodkyně lucemburská při zahájení sezení parlamentu 10. listopadu 1914, těmito slovy: „Neutralita Lucemburska byla porušena. Já a moje vláda jsme ihned protestovaly a upozornily na naši situaci mocnosti, které převzaly záruku za smlouvu londýnskou. Naše práva byla zneuznána, ale budou dodržena. Lucembursko nikterak se nepovažuje za zbaveno svých závazků neutrality a vyplní ji též v budoucnu s loyalitou. Náš protest trvá neztenčen atd.**)

Ihned po obsazení Luxemburska došlo ku porušení neutrality belgické. Belgickému ministru zahraničních věcí byla podána dne 2. srpna 1914 v 7 hodin večer tatò nota mající povahu ultimata***): Německá vláda obdržela bezpečné zprávy, podle kterých francouzské branné síly mají v úmyslu táhnouti na Meusu skrze Givet a Namur; tyto zprávy nenechávají žádných pochyb o úmyslu Francie táhnouti na Německo územím belgickým. Císařská německá vláda se nemůže zhostiti obavy, že Belgie, nedostane-li se jí pomoci, nebude sto odraziti s úspěchem francouzské tažení takového rozsahu způsobem, který by zajistil Německu dostatečnou bezpečnost proti této hrozbě. Jest to kategorická povinnost (un devoir impérieux) záchrany Německa, aby předešlo tomuto útoku nepřítelovu. Vláda německá litovala by velmi živě, kdyby Belgie považovala za nepřátelský akt proti sobě namířený skutečnost, že opatření nepřítele Německa nutí též je, aby porušilo belgické území. Německá vláda prohlašuje, aby bylo rozptýleno veškeré nedorozumění:

*) Révue générale d. dr. int. p. roč. 1914 docum. str. 67.

**) André Weiss La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne.

***) Livre gris No. 20. Revue générale du droit international public· roč. 1914, docum. str. 66.

1. Německo nezamýšlí žádného nepřátelského aktu proti Belgii. Jestliže Belgie souhlasí s tím, že v této počínající válce se postaví na stanovisko blahovolné neutrality vůči Německu, vláda německá se zavazuje se své strany, že v okamžiku míru zaručí integritu a neodvislost království v celém jejím rozsahu.

2. Německo se zavazuje za uvedené podmínky, že vyklidí území belgické, jakmile mír bude uzavřen.

3. Zachová-li Belgie přátelské stanovisko, je Německo ochotno v souhlasu s belgickými autoritami zakoupit za hotové vše, co potřebuje pro svá vojska, a poskytnouti odškodnění pro jakékoliv škody způsobené v Belgii německými vojsky.

4. Zachová-li se Belgie nepřátelsky vůči německým vojskům a zvláště bude-li klásti překážky jejich postupu opevněními na Meuse nebo ničením cest, železnic, tunelů nebo jiných umělých zařízení, bude Německo nuceno považovati Belgii za nepřítele. V tomto případě nemohlo by Německo převzíti žádného závazku oproti království, nýbrž musilo by ponechati další úpravu vzájemných styků mezi oběma státy rozhodnutí zbraní. Vláda německá má pevnou naději, že k této eventualitě nedojde a že belgická vláda dovede se chopiti opatření vhodných k tomu, aby nedošlo k činům takovým, o jakých byla učiněna zmínka. V tomto případě budou přátelské styky, které pojí oba sousední státy, udrženy trvalým způsobem.

Toto ultimatum vyžadovalo odpověď do dvanácti hodin, a poněvadž bylo podáno večer, musela býti odpověď sestavena v noci. Odpověď belgické vlády ze dne 3. srpna zněla takto*): Svou notou z 2. srpna 1914 oznámila vláda německá, že podle určitých zpráv mají francouzské branné síly v úmyslu táhnouti na Meusu skrze Givet a Namur, a že (prý) Belgie při své nejlepší vůli nebude sto, aby bez pomoci zamezila postup francouzských vojsk. Německá vláda se domnívala, že musí předejíti tomuto útoku a přestoupiti belgické území. Ve svých podmínkách slibuje Německo královské vládě, že zaujme vůči ní přátelské stanovisko, a zavazuje se v okamžiku míru zaručiti integritu a državu království v celém jejím rozsahu. Nota připojuje, že jestliže Belgie bude klásti překážky postupu německých branných sil, bude Německo nuceno považovati ji za nepřítele a ponechati další úpravu vzájemných

*) Livre gris No. 22 v. Revue générale du droit international public, roč. 1914 docum. str. 75.

styků mezi oběma státy rozhodnutí zbraní. Tato nota vzbudila u královské vlády hluboké a bolestné překvapení. Úmysly, které přičítá Francii, jsou v odporu s formálními prohlášeními, které nám byly učiněny 1. srpna jménem republikánské vlády.*) Ostatně, kdyby proti našemu očekávání byla neutralita porušena Francií, Belgie by splnila všecky své mezinárodní závazky, a její vojsko by se postavilo proti vetřelci s nejsilnějším odporem. Smlouvy z r. 1837, potvrzené smlouvami z r. 1870, zaručují neodvislost a neutralitu Belgie pod zárukou mocností a zvláště vlády J. V. krále pruského. Belgie byla vždy věrna svým mezinárodním závazkům; splnila své povinnosti v duchu loyální nestrannosti; nezanedbala žádné námahy pro udržení a respektování své neutrality. Útok na neodvislost Belgie, jakým jí hrozí německá vláda, zakládal by flagrantní porušení mezinárodního práva. Žádný strategický zájem neospravedlňuje porušení práva. Kdyby vláda belgická přijala nabídky jí oznámené, obětovala by čest národa a zároveň by zradila své povinnosti vůči Evropě. Belgie jsouc si vědoma úlohy, kterou hraje víc než osmdesát let ve světové civilisaci, zdráhá se věřiti, že neodvislost Belgie nemohla by býti zachována než za cenu porušení její neutrality. Kdyby tato naděje byla zklamána, belgická vláda je pevně odhodlána odraziti všemi prostředky, jež má v moci, každý útok na své právo."

Po této odpovědi překročilo německé vojsko dne 4. srpna belgické hranice, belgické vojsko postavilo se na odpor a došlo k válce. V těchto bojích dopustilo se německé vojsko mnohých ukrutností na belgickém obyvatelstvu, které se postavilo namnoze na odpor se zbraní v ruce. V těchto případech došlo nepochybně též k přečinům proti mezinárodnímu právu,**) jež přesahují však rámec této studie a nebude k nim proto dále přihlíženo.

Po dobytí Lutychu podalo Německo Belgii dne 9. srpna novou notu, ve které žádá o zastavení nepřátelství. Nota tato

*) Toto místo belgické noty se vztahuje na prohlášení francouzské vlády na počátku světové války tohoto znění: Vláda francouzská je rozhodnuta respektovati neutralitu Belgie a pouze v případě, že by jiná mocnost porušila tuto neutralitu, mohla by se Francie ocitnouti v nutnosti jednati jinak, aby zajistila vlastní obranu. Revue générale atd. roč. 1914 docum str. 65.

**) Haagská konvence o zákonech a zvycích války pozemní z r. 1907. Četné případy během světové války sebrány v Rapports sur la violation du droit des gens en Belgique vydávaných belgickou vládou během světové války v Havru.

zní:*) „Pevnost lutyšská byla dobyta útokem po hrdinné obraně. Německá vláda hluboce lituje, že následkem stanoviska belgické vlády k Německu došlo ke krvavým srážkám. Německo nepřichází jako nepřítel do Belgie. Pouze pod tlakem okolností v důsledku vojenských opatření Francie bylo donuceno k těžkému rozhodnutí vkročiti do Belgie a obsaditi Lutych jako opěrný bod pro své další vojenské operace. Nyní když belgické vojsko v hrdinném odporu proti velké převaze udrželo čest svých zbraní nejskvělejším způsobem, německá vláda prosí J. V. krále a vládu belgickou, aby odvrátila od Belgie další hrůzy válečné. Německá vláda je ochotna ke každému dohodnutí s Belgií, které se může jakýmkoli způsobem shodnouti s jeho konfliktem s Francií. Německo ujišťuje znovu slavnostně, že nebylo vedeno touhou přivlastniti si belgické území a že nemá takového záměru. Německo je ještě stále ochotno vyklidit Belgii, jakmile stav válečný mu to dovolí."

Belgická vláda však odmítla tento německý návrh odvolávajíc se na svoje právní stanovisko touto notou (z 9. srpna):**) „Nabídka, kterou nám činí německá vláda, opakuje nabídku formulovanou v ultimatu z 2. srpna. Belgie jsouc věrna svým mezinárodním závazkům, nemůže než opakovati svou odpověď na toto ultimatum, tím spíše, že od 3. srpna její neutralita byla porušena a že bolestná válka byla vnesena na její území a že garanti její neutrality loyalně a bez průtahů odpověděli na její apel."

Takový byl historický vývoj porušení belgické neutrality.

Závazek šetřiti nedotknutelnosti území neutrálního státu se zakládá na staré, všemi civilisovanými národy uznávané zásadě zvykového práva a byl nově formulován ve článku prvním páté konvence uzavřené na druhé haagské konferenci z 18. října 1907, který stanoví: území neutrálních mocností jest nedotknutelné, a ve článku druhém: stranám válčícím je zapovězeno dopravovati územím neutrální mocnosti vojsko nebo zásilky munice neb zásob. Poněvadž Německo bylo jedním ze smluvních států, bylo touto konvencí i formálně vázáno a násilným vpádem na belgické území, jakož i dopravou vojsk tento svůj závazek porušilo.

Třetím důležitým bodem je článek desátý téže konvence, jenž zní: Nelze považovati za akt nepřátelský, jestliže neutrální moc-

*) Livre gris No. 62. Revue générale etc. roč. 1914 documents str. 89.
**) Livre gris No. 65. Tamtéž.

nost odrazí, třebas i násilím, útoky namířené proti jeho neutralitě. Byla tedy německá vláda v neprávu, když ve svém ultimatu hrozila Belgii, že bude ji považovat za nepřítele, jestliže bude klásti překážky postupu německých vojsk, a to i překážky pouze technického rázu, jako demolování cest a mostů, a naopak Belgie neodchýlila se od zásad mezinárodního práva odmítnuvši německé ultimatum.

Avšak v tomto případě nešlo pouze o respektování neporušitelnosti území státu ve válce za neutrální se prohlásivšího nebo prohlášeného. Poněvadž bylo Německo jednou z velmocí, které zaručily trvalou neutralitu Belgie smlouvami výše podrobně uvedenými, zakládala se jeho povinnost dbáti belgické neutrality ještě též na této smlouvě, a tato povinnost šla dále než bylo pouhé respektování neutrality, neboť v ní se Německo výslovně zavazovalo za neutralitu ručiti a vhodnými prostředky ji chrániti. Porušilo tedy Německo dvě smlouvy, které podepsalo: Smlouvu o neutralitě Belgie a haagskou konvenci o právech a povinnostech neutrálů za války pozemní.*) Věc ta zdála se zprvu býti zcela zřejmá, byla však později namnoze popírána a rozvinul se o ní velký spor, ku kterému budiž zde blíže přihlédnuto.

Dne 4. srpna 1914, tedy téhož dne, kdy německé vojsko překročilo belgické hranice, promluvil říšský kancléř německý v. Bethmann Hollweg v říšském sněmu památnou řeč, ve které mimo jiné prohlásil: „Pánové, my jsme donuceni se brániti a nouze nezná žádných zákonů. (Not kennt kein Gebot.) Naše vojsko obsadilo Lucembursko a snad již překročilo belgické území. To příčí se před-

*) Prvou smlouvu podepsal ovšem král pruský, nikoli císař německý, neboť říše německá vznikla teprve r. 1871, ale nikdy nebylo pochybnosti o tom, že smlouvami státu pruského před r. 1871 vzniklými vázána je i říše německá. Závazek lucemburské neutrality pak výslovně byl německou vládou uznán smlouvou z 11. června 1872 o odstoupení části železniční sítě Východní společnosti, ve které se nalézá tato klausule: „Vláda německá se zavazuje, že nikdy nepoužije železnic lucemburských spravovaných císařským generálním ředitelstvím alsasko-lotrinských železnic pro dopravu vojska, zbraní, válečného materiálu a munice, a že za války, do které by bylo Německo zataženo, nepoužije jich pro zásobování vojska způsobem, který by se nesrovnával s neutralitou velkovévodství, a vůbec že při provozování dopravy na těchto tratích ani nevykoná ani nepřipustí žádného aktu, který by nebyl v úplném souhlasu s povinnostmi připadajícími velkovévodství jako neutrálnímu státu.“ Při obnově a prodloužení této smlouvy 11. listopadu 1902 byla tato klausule opět převzata do nové smlouvy.

písům mezinárodního práva. Jest pravda, že francouzská vláda prohlásila v Brusselu, že bude respektovati belgickou neutralitu potud, pokud bude ji respektovati odpůrce. Avšak my jsme věděli, že Francie byla připravena k útoku. Francie mohla čekati, my však nikoli. Francouzský útok na našich bocích, na dolním Rýně, byl by nám mohl býti osudným. Proto byli jsme nuceni přejíti přes oprávněné protesty vlády lucemburské a belgické. Budeme hleděti napraviti nezákonnost — mluvím otevřeně — nezákonnost, které se takto dopouštíme, jakmile dosáhneme svého vojenského cíle. Je-li kdo tak ohrožen, jako jsme my, a bojuje-li za nejvyšší statky, zařídí se, jak může."

Těmito slovy doznal tehdejší representant německé vlády zcela otevřeně, že Německo porušilo mezinárodní právo. Jako omluvný důvod uváděl při tom nutnost, nouzi. Tato nouze ospravedlnila prý porušení smluvních závazků. Ponechávajíce stranou otázku, byla-li tehdejší vojenská situace Německa skutečně taková, že vyžadovala se strategického stanoviska nezbytně pochodu přes Belgii, nemůžeme nijak připustiti učení, které kritickým vojenským stavem, a tedy stanoviskem účelnosti ospravedlňuje porušení závazku, zvláště uvážíme-li, že smlouva o belgické neutralitě byla uzavřena právě pro případ války mezi sousedními státy a pro případ podobné vojenské situace (třeba ne právě pro případ světové války, ale vždy bylo nutno počítati s možností, že rozvine se válka současně na západě a východě Německa), takže signatární státy musily si býti již při podpisu smlouvy vědomy, že smlouva ta ukládá jim do budoucnosti značné omezení jejich strategických plánů.

Toto učení o právu z nouze nenalezlo též nikde mimo Německo porozumění,*) a někteří němečtí spisovatelé, kteří theorii o právu z nouze šíře rozváděli,**) zůstali zcela osamoceni. Když pak německý vpád do Belgie způsobil v celém kulturním světě veliký rozruch, a když po porušení belgické neutrality vypověděla Anglie válku, a když i jinak projevovaly se neblahé politické ná-

*) Výjimečně americký spisovatel Fuehr: The neutrality of Belgium. N. York-Londýn 1915.

**) Tak zvláště J. Kohler: Not kennt kein Gebot. Berlin 1915, dále německá propagační brožura: Die Wahrheit über den Krieg; důvody však, jimiž snaží se svou nauku podepříti, nemají nic společného s právem mezinárodním; podrobnější vyvrácení srv. Louis Renault cit. spis.

sledky tohoto kroku, počala německá vláda tvrditi, že k porušení neutrality vůbec nedošlo, a někteří němečtí právníci shledávali důvody, které by jednání Německa mohly ospravedlniti.

Byl to předem již zmíněný domnělý záměr Francie porušit belgickou neutralitu, o kterém mluvilo německé ultimatum a který uváděl též říšský kancléř. Důvod ten je zcela bezvýznamný, poněvadž Francie ve skutečnosti neutrality belgické neporušila a i kdyby byla úmysl takový skutečně měla (úmysl ten nebyl však nikdy positivně dokázán), nebyl by pouhý úmysl ještě důvodem ku skutkovému porušení neutrality se strany německé.

Druhý bod, o který se opírala německá vláda, aby dodatečně odvolala své doznání o porušení belgické neutrality,*) byly dokumenty nalezené v belgickém ministerstvu války po obsazení Brusselu německým vojskem. Tyto dokumenty obsahovaly zápisy o jednání mezi britským vojenským attachém v Brusselu podplukovníkem Barnadistonem a náčelníkem belgického generálního štábu generálem Ducarnem v r. 1906. Britský attaché podal tehdy návrh v tom směru, že v případě, že by Německo porušilo belgickou neutralitu a vtrhlo do Belgie, Anglie vylodí v Belgii své vojsko, a jednáno bylo pak o bližších modalitách tohoto vylodění. Tyto porady opětovány v r. 1912, kdy tehdejší britský vojenský attaché Bridges přímo prohlásil náčelníku belgického generálního štábu Jungbluthovi, že v případě porušení belgické neutrality Německem vylodí anglická vláda 160.000 mužů v Belgii a to i v tom případě, kdyby Belgie o tuto pomoc nepožádala. Tyto porady byly vojenského rázu, nezávazné pro obě strany, mezi osobami, které neměly plné moci k uzavření nějaké smlouvy a také v důsledku jich k žádné smlouvě nedošlo.**) Přes to tvrzeno bylo se strany německé vlády, že tímto jednáním o případném vylodění anglického loďstva porušila belgická vláda sama závazek, který jí ukládala její neutralita, totiž zachovati stejné sta-

*) To se skutečně stalo ve schůzi říšského sněmu 2. prosince 1914, kde německý kancléř opravil svoje prohlášení ze 4. srpna o porušení belgické neutrality a tvrdil, že „když naše vojsko vniklo do Belgie v noci ze 3. na 4. srpna, nacházelo se v zemi, která sama porušila svoji neutralitu ve prospěch Anglie“.

**) Acta o těchto poradách měla však název „Conventions anglo-belges“, čehož využila německá vláda a mluvila o vojenských smlouvách s Anglií (Abkommen, Norddeutsche Allgemeine Ztg. z 24. listopadu 1914 násl.)

novisko vůči všem sousedním státům a neuzavírati žádného vojenského spolku vůbec, a následkem toho nevniklo prý německé vojsko na půdu neutrální, nýbrž na území státu již z neutrality vystoupivšího. Pokud se tohoto posledního týče, nedošlo, jak již uvedeno k žádné smlouvě, nýbrž pouze k poradám, konferencím, a poněvadž tyto konference měly výlučně ráz defensivní, a předmětem jich byly společné vojenské operace pro případ nastalého porušení neutrality státem třetím a poněvadž smlouva o trvalé neutralitě ukládala Belgii nejen povinnost neutralitu zachovávati, nýbrž též povinnost svoji neutralitu hájiti,*) nelze v tom spatřovati porušení neutrality se strany Belgie. Ve skutečnosti pak došlo k vylodění anglického vojska v Belgii teprve 18 dní po tom, co překročilo německé vojsko belgické území a co se obrátila belgická vláda s apelem na garanční mocnosti.**)

Konečně třetím argumentem, kterým se snažili obhájci německého postupu odůvodniti nezávadnost německého stanoviska,***) byla stará smlouva uzavřená v Cáchách mezi Rakouskem, Velkou Britannií, Pruskem a Ruskem dne 15. listopadu 1818, kterou ponecháváno Anglii a Prusku právo obsaditi v případě ohrožení Hollandska (patrně se strany Francie) některé pevnosti hollandské vlastními posádkami, a sice citadelly v Huy, Namuru, Dinantu, Charleroi, Marienburgu a Philippeville vojskem pruským. Tato cášská smlouva nebyla sice nikdy výslovně zrušena, sluší však považovati ji za annullovanou skutečností, že r. 1830 odtrhla se od Hollandska Belgie a byla r. 1831 uznána velmocemi za stát neodvislý a trvale neutrální. Protokol ze 17. dubna 1831 podepsaný Rakouskem, Velkou Britannií, Pruskem a Ruskem obsahoval povšechné ustanovení, že pevnosti nadby-

*) Z toho důvodu udržovala Belgie nákladné pevnosti a to nejen proti hranici německé, nýbrž též francouzské (Namur).

**) Srv. k tomu dopis ministra zahraničních věcí Greya adresovaný britskému vyslanci v Belgii ze 7. dubna 1913, ve kterém vyvrací tento pověsti, že by Anglie zamýšlela porušiti belgickou neutralitu (Révue générale du droit international public, roč. 1915, str. 96. documents) a dále prohlášení anglického ministra zahraničních věcí ze dne 7. února 1915 a prohlášení všech členů belgické vlády z 2. března 1915, v němž vyvracejí rozhodně, že by se bylo kdy jednalo o vojenskou smlouvu mezi Belgií a Velkou Britanií; tamtéž str. 115 a 122 documents.

***) Josef Kohler: Die Neutralität Belgiens und die Festungsverträge, Zeitschrift für Völkerrecht 1916, 3. seš. str. 298 násl.

tečné mají býti ve vzájemné dohodě zrušeny. Dne 14. prosince 1831 došlo pak k další dohodě v této věci, v níž se praví: „Smluvní strany vzavše zřetel na přítomný stav Belgie a na změny nastalé v situaci této země její politickou neodvislostí a trvalou neutralitou, která jí byla zaručena, a chtějíce se dohodnouti o změnách v systému vojenské obrany, který byl přijat na základě smluv a závazků z r. 1815, a které tato nová situace Belgie učinila nevyhnutelnými, rozhodly se vsunouti v tomto ohledu do zvláštní konvence řadu společných rozhodnutí.*) Pak následoval výpočet pevností, které měly býti zrušeny, ostatní měly býti zachovány a ukládal se Belgii závazek, udržovati je stále v dobrém stavu. Dále následoval tajný článek, jenž jaksi nejasně narážel na ustanovení staré smlouvy z r. 1818. Článek ten zněl: „Stejně jest míti za to, že J. V. král belgický, co se týče pevností, nachází se v témže postavení jako se nacházel král hollandský vůči dvorům výše zmíněným bez porušení závazků, které ukládá J. V. králi belgickému a též samým dvorům (vládám) trvalá neutralita Belgie. V důsledku toho, v případě, že by ohrožena byla bezpečnost pevností, o nichž je řeč, J. V. král belgický dohodne se s dvorem rakouským, velkobritským, pruským a ruským o všech opatřeních, kterých bude vyžadovati zachování těchto pevností, ale vždy se zachováním neutrality belgické.“ Poněvadž trvalá neutralita Belgie zároveň stanovená a s ní spojená nedotknutelnost území vylučovala vlastně právo jiného státu obsaditi část belgického území svým vojskem, které přiznávala cášská smlouva Anglii a Prusku, obsahuje tato klausule v sobě vnitřní odpor, který činí právo k obsazení území zcela pochybným. Tento vnitřní rozpor lze odstraniti nejpřirozenějším a nejjednodušším způsobem výkladem, že zřízením a trvalým neutralisováním nového státu zanikla práva, která měly velmoci na dřívějším území státu hollandského. Nějaká mezinárodní služebnost volného vojenského průchodu**), lpící na belgickém území, nedala by se nijak sloučiti s nedotknutelností neutrálního území. Belgické vlády též se nikdy necítily vázány ustanovením o pevnostech,***) a tak bez

*) Renault cit. spis.

**) Tak J. Kohler cit. spis.

***) O tom srov. opětovná výslovná prohlášení jednotlivých členů belgické vlády při zodpovídání dotazů ve sněmovně poslanců. Srov. Renault cit. spis. str. 58—59.

ohledu na výpočet výše uvedený byly právě pevnosti, které měly býti zachovány, zrušeny, jiné pevnosti byly zřízeny, aniž by některá ze signatárních mocností byla proti tomu činila námitky. Rovněž německé ultimatum ze 2. srpna 1914 neodvolávalo se při požadavku, aby byl povolen průchod německého vojska, nikde na právo, které by Německu plynulo ze smlouvy cášské z r. 1818.

Spor o to, zda belgická a lucemburská neutralita byla německým vpádem porušena, vlekl se po celou dobu světové války. Velká většina všech právníků byla v tomto bodě shodného mínění a jen někteří němečtí spisovatelé nepochybně z podnětu německé vlady, které velice záleželo na tom, aby svrhla se sebe odium bezprávného činu, udržovali stále novými shledávanými důvody spor nerozhodnut. Hlavní důvody, které měly dokázati, že k porušení mezinárodního práva nedošlo, t. j. že Německo bylo oprávněno jednati tak, jak jednalo, byly výše uvedeny a myslím, že žádný z nich nemůže obstáti při objektivním posouzení.

Po porážce Německa a revoluci, která odstranila starou vládu a všechny ony muže, kteří měli na porušení belgické neutrality více méně přímé účastenství, poklesl zájem německé vlády na tomto sporu a konečně bylo opuštěno i německou vědou učení o právu z nouze a přišla k platnosti zásada, že mezinárodní smlouvy musí býti zachovávány a že není přípustno jednostranné odstoupení od převzatých závazků.*) Spor o to, byla-li porušena lucemburská a belgická neutralita, může býti tedy považován za rozhodný ve smyslu kladném. Spor ten měl větší význam než pouze konstatování faktu, zda v konkretním případě byl spáchán delikt proti mezinárodnímu právu čili nic a o praktický důsledek toho, třeba velice důležitý, na čí straně ve válce bylo právo a která strana je povinna odškodniti protivníka za spáchané bezpráví (o čemž rozhoduje ovšem vždy výsledek války více než právní postavení účastníků). Šlo zde o daleko více: šlo o to, zůstane-li v platnosti zásada, že od závazků založených mezinárodními smlouvami nelze jednostranně odstupovati, tedy o jednu ze stěžejních zásad mezinárodního práva. Platnost zásady té byla popírána přívrženci theorie o právu z nouze, neboť poukaz na stav nouze ospravedlňující porušení závazku nutně by se v praxi

*) Tak již v r. 1915 vyšlý článek Lammaschův „Vertragstreue im Völkerrecht“ v Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht.

rozšířil na pouhou výhodnost a prospěch z takového jednání plynoucí a stav nouze stal by se momentem, který by ohrožoval existenci mezinárodního práva v samých kořenech. Tato tendence, neuznati vůbec dosavadní mezinárodní právo, které zásadně přiznává všem státům bez zřetele k velikosti a síle stejná práva, byla rozšířena v Německu zejména v první vítězné fázi války do té míry, že pronikl i do vědeckých kruhů názor, že německý národ, předurčen jsa k světovládě, není vázán vůči ostatním národům žádnými závazky, smlouvami či vůbec ohledy a že naopak prospěje nejvíce civilisaci, jestliže vnutí svoje vynikající vlastnosti, svoji vládní soustavu a svoje panství všem ostatním národům, třeba násilím.

Tento imperialismus, který dosáhl, jak je ještě v čerstvé paměti, ohromného rozšíření a intensity, byl, jako ostatně každý imperialismus, velmi nebezpečný celému mezinárodnímu právu. Případ porušení belgické a lucemburské neutrality je toho nejpatrnějším dokladem. Vítězství Německa ve světové válce bylo by nejen ponechalo bezpráví na Belgii spáchané neodčiněno, ale bylo by mělo v zápětí, ne snad zánik mezinárodního práva, neboť k tomu nebylo by ani vítězné Německo dosti mocné — avšak přerušení jeho vývoje snad na dlouhou dobu nebo úpadek, z něhož by se jen ztěžka vracelo k novému rozvoji. Bylo v tomto směru charakteristické pro smýšlení obou vůdčích válčících stran, že, kdežto na straně Německa se jevily snahy, které mezinárodní právo s větší nebo menší otevřeností negovaly, byl postaven se strany Anglie*) jako jeden z válečných cílů požadavek utvrzení mezinárodního společenství a mezinárodního práva. Skutečně pak vítězství dohodových mocností**) mělo v zápětí utvoření Společnost národů, kterou měly býti postaveny mezinárodní styky států na pevný základ a třeba by tato instituce dosud ani nenabyla většího vlivu na uspořádání přítomných rozháraných poměrů evropských ani posud nesplnila nadějí do ní kladených, jest přece dalším krokem k solidaritě lidstva a upevnění mezinárodního práva.

*) To bylo nejpatrnější ve stadiu války v letech 1915—16, kdy anglickým min. předsedou války Lloyd Georgem vytčený válečný cíl Svaz národů byl s německé strany odmítán jednomyslně jako utopie nehodící se k tomu, aby se jí vážný státník zabýval.

**) Působily tu ovšem ještě různé jiné vlivy, revoluce ruská, vstup Spojených států severoamerických do války, stanovisko Wilsonovo atd.

V tom tkví význam porušení belgické a lucemburské neutrality pro mezinárodní právo, neboť tato neutralita stala se jakýmsi zkušebním kamenem, na kterém mělo se osvěčiti, jak pohlížejí válčící strany na závazky uložené mezinárodním právem a jak dovedou je respektovati v okamžiku vášní a nebezpečí, které velká válka s sebou přináší.

Přímo životní zájem na tom, aby respektována byla v podobných případech nedotknutelnost neutrálního území, mají malé a slabé státy, zejména ony, které svou vnitrozemskou polohou a přímým sousedstvím s velmocemi mohou snadno se ocitnouti ve středu válečného konfliktu, jako jsou právě Lucembursko, Belgie, Švýcary a též Československo.

Jest nesporno, že trvalá neutralita určitého státu založená smlouvami mezi velmocemi a jimi i garantovaná, utrpěla v důsledku porušení neutrality lucemburské a belgické značně na své praktické ceně, když se ukázalo, že přes veškeré tyto smlouvy musila Belgie sáhnouti ku zbrani k ochraně svého území, a vésti dlouhou hroznou válku právě proti jednomu z garantů této smlouvy. Vyskytovaly se dokonce pochybnosti, má-li taková neutralita ještě vůbec nějakou cenu a není-li spíše nebezpečím pro stát neutralisovaný, který ukolébává v jakýsi stav zdánlivé bezpečnosti*) a nebylo-li by lépe pro budoucnost od takových smluv upustiti.

Jisto je ovšem, že hodnota instituce trvalé neutrality založené mezinárodními smlouvami je přímo závislá na hodnotě mezinárodních smluv a závazků vůbec. Nebylo-li dosud všeobecně možno přímo nebo nepřímo vynutiti plnění mezinárodních závazků, neposkytovala ani trvalá neutralita ani její garantování jinými státy bezpečné ochrany státu neutralisovanému, zejména v případě velkého konfliktu mezi větším počtem států.**)

Přes to však lze doufati, že jednak výsledek světové války odstraší napříště státy, které by se chtěly říditi příkladem, jaký poskytlo Německo a zvláště zřízení Společnosti národů bude míti v zápětí větší respektování mezinárodních smluv vůbec. Statut

*) Tak profesor právnické fakulty pařížské university A. Pillet: La guerre actuelle et le droit des gens VII. část v Revue générale. d. dr. int. p. r. 1916, str. 448 sl.

**) Z české literatury sluší zde uvésti podrobnou monografii a kritiku trvalé neutrality od Otakara Hoppe v Praze 1908.

Společnosti národů*) sice nikde nezmiňuje se výslovně o trvalé neutralitě a její ochraně, ale veškerá tendence jeho a zvláště články 18, 19 a 20 směřují k tomu, aby zaručeno bylo dodržování mezinárodních smluv, a tím ovšem též smluv, které zakládají nebo garantují trvalou neutralitu.

Pod ochranou Společnosti národů zůstane snad instituce trvalé neutrality oporou malým státům při stále vzrůstajícím rozpjetí mezi státy slabými a velmocemi rostoucími rychleji počtem obyvatelstva a hospodářskou potencí a přispěje dále k tomu, že obmezeno bude řešení konfliktů mezistátních mocí zbraní.

LITERATURA.

Část všeobecná.

Národní shromáždění československé v prvním roce republiky. Vydalo předsednictvo Národního shromáždění. V Praze 1919. Stran 378 (vedle příloh).

Rok práce. Vydal tiskový odbor presidia ministerské rady. V Praze. V komisi nakladatelství Emil Šolc v Karlíně. Stran 216.

Leží před námi dvě oficiální publikace naší republiky. Jednak předsednictvo Národního shromáždění, jednak presidium ministerské rady podávají zprávu o činnosti hlavních orgánů obnoveného, pokud se týče nově zřízeného československého státu za prvý rok jeho trvání. Rozměrem svým větší publikace prvá referuje nejen o činnosti našeho ústavodárného a zákonodárného sboru v prvém roce republiky, nýbrž dotýká se, byť jen zcela stručně, i událostí předcházejících za světové války přímo zřízení československého státu, takže podává i příspěvky k dějinám prvých počátků našeho politického osamostatnění. Obě knihy mají velikou váhu již pro svůj oficiální ráz. Podávajíť četná úřední data a prvá publikace i teksty důležitých historických projevů a dokumentů. Ročenka Národního shromáždění má mimo to i slavnostní ráz a přispěli do ní také někteří přední spisovatelé, členové našeho ústavodárného sboru. Význační účastníci české revoluce vylíčili nejen revoluční ovzduší českého lidu před rozpadnutím se bývalé rakousko-uherské monarchie, nýbrž i historické události převratu, odehravšího se v památný den 28. října 1918 i ve dnech následujících. Dr. Ant. Hajn a Dr. Přemysl Šámal líčí náladu českého národa po vyhlášení války, tajenou činnost českých politiků za persekuční protičeské éry, souběžnou práci našich lidí za hranicemi a vůbec události před zřízením Národního výboru. Zajímavé jsou zejména zprávy o t. zv. maffii, o níž již dříve ledacos proniklo do ve-

*) Články 1—26 mírové smlouvy versailleské a analogické články smlouvy st.-germainské.

řejnosti. Do r. 1916 nevystoupilo se na české straně nijak ještě z reservy. V projevu Národního výboru, vydaném na podzim r. 1916, musel ještě na venek akcentován býti český zájem o dynastii a Rakousko, ale r. 1917 nastoupena byla již cesta přelomu. V květnu r. 1917 vydán byl památný projev českého spisovatelstva a několik dní nato státoprávní prohlášení „Českého svazu". Posice naše byla tehdy arci již mnohem snadnější. Museloť pod tíhou událostí dojíti ke svolání říšské rady. V r. 1918 nebylo již nijak třeba skrývati úmyslů. Od tříkrálové deklarace postoupilo se v dubnu k národní přísaze a v květnu ke kongresu utlačovaných národů v Praze. Očekávalo-li se ještě na podzim r. 1917, že Vídeň bude s našimi politiky jednati, v r. 1918 žádný přední politik český nestál už o kompromisy. Vyčkávalo se jen, kdy věc sama dozraje. V červenci r. 1918 soustředily se všechny české strany v Národním výboru a v ustavující schůzi (ze dne 13. července) usneseno bylo provolání k národu, uveřejněné druhého dne ve všech denních listech. Národní representace naše proklamovala neohroženě „právo sebeurčení v samostatném, demokratickém státě československém s vlastní správou ve vlastním domě a pod vlastní svrchovaností".

V článku „Národní výbor a 28. říjen" líčí Dr. Frant. Soukup a Dr. Al. Rašín, jak došlo k samému převratu. Dne 19. října odmítal již Národní výbor jednání s Vídní. Pravil doslovně: „Česká otázka přestala býti otázkou vnitřní úpravy Rakousko-Uherska, stala se otázkou mezinárodní, a se všemi otázkami světovými společně bude řešena." Dne 25. října odjela do Švýcar delegace Národního výboru, aby vešla ve styk se členy československé vlády v Paříži. Společná schůze konala se v Ženevě ve dnech 28.—31. října. Habsburská dynastie prohlášena tam byla sesazenou. Neznámý dosud tekst protokolu o švýcarských ujednáních poprvé se tu uveřejňuje. Zajímavé jest i vylíčení vlastního převratu v Praze dne 28. října. Předsednictvo Národního výboru bylo toho dne již od 6. hodiny ranní v permanenci. O polednách převzata byla správa země. Večer zakročeno také na zemském vojenském velitelství. V týž den 28. října večer přijel do Prahy Dr. Vavro Šrobár a ujal se hned za Slováky své funkce v předsednictvu Národního výboru. V 10 hodin večer byl podepsán prvý zákon československého státu, týkající se zřízení samostatného státního útvaru československého.

Dne 30. října konala se schůze Slovenské Národní rady v Turč. Sv. Martině. Zástupcové politických stran slovenských prohlásili, že slovenský národ jest částkou jazykově, osvětově i historicky jednotného národa československého. Jednota dvojdílného národa československého byla hotova. Po návratu české delegace ze Švýcarska dne 4. listopadu prohlášeno, že československý stát bude republikou a prof. Masaryk jejím prvním presidentem.

Dne 14. listopadu zahájil předseda Národního výboru Dr. Kramář prvou schůzi Národního shromáždění, v níž habsburská dynastie sesazena, nový stát proklamován slavnostně republikou a za presidenta zvolen aklamací T. Masaryk.

Po článcích úvodních následuje obšírné vypsání činnosti Národního shromáždění československého v prvním roce republiky. Nejdříve se vykládá, jak vznikl náš ústavo- a zákonodárný sbor z Národního výboru, a sice podle klíče, podle něhož byl sestaven sám Národní výbor. Uvádějí se nejen čle-

nové presidia, nýbrž vypočítávají se i jednotlivé sněmovní výbory. Také členové vlády se jmenují. První vláda řídila stát, jak známo, do 8. července 1919. Předsedou byl Dr. Karel Kramář. Nová vláda měla v čele Vlastimila Tusara.

Dne 21. prosince 1918 vrátil se do vlasti president T. Masaryk. Již druhého dne přednesl slavnostní poselství Národnímu shromáždění. Celý ten památný akt otiskuje se v publikaci, právě tak jako odpověď Národního shromáždění, vyšlá z pera Dra. A. Hajna. Rovněž tak uveřejňují se programy obou prvních vlád, Kramářovy i Tusarovy, načež se přikročuje k vypsání vzájemných vztahů republiky se spřátelenou cizinou, jak se zračily v projevech Národního shromáždění. Uveřejňuje se překlad telegramu zaslaného předsedou Tomáškem min. předsedovi francouzskému G. Clemenceauovi a odpověď zaslaná francouzským vyslanectvím v Praze. Z ostatních dokumentů, v knize otištěných, uvésti dlužno zejména adresu, zaslanou slavnému bojovníku francouzskému za práva československého národa, Arnoštu Denisovi. Děkovací dopis proslulého francouzského historika připojen jest ke knize v rukopisném snímku a český překlad uveřejňuje se v tekstu publikace. Po slovném sdělení jiných důležitých projevů Národního shromáždění a odpovědí na ně následuje obšírné exposé ministra zahran. věcí Dra. Beneše, podané v Národním shromáždění dne 30. září 1919.

Nemůžeme probírati celý obsah zajímavé publikace předsednictva Národního shromáždění. Činí se v něm zmínka o všech bohatých událostech našeho ústavodárného a legislačního sboru v prvém roce. Tak věnována jest pozornost bratřím Slovákům a jejich zástupcům v Nár. shromáždění. Kniha dotýká se zejména i maďarské invase na Slovensko a zrádného jednání poslance A. Hlinky. Poučné jsou vývody min. Šrobára ve věcech týkajících se Slovenska. Lze se v nich dočísti, jaké důležité změny staly se hned v prvním roce republiky v oboru slovenského školství a vůbec v celém životě slovenském. Vykládá se i pittsburská smlouva ze 30. května 1918, jíž se neprávem dovolávala strana pátera Hlinky.

Z nejdůležitějších otázek, jimiž se obíralo Národní shromáždění, byla také otázka těšínská, o níž se píše na str. 206 a násl., dále otázka českých menšin v Rakousku, zejména ve Vídni. Hodně místa je věnováno základům ústavy československého státu, úpravě správy státní i samosprávy, otázkám kulturním a školským, hospodářským, sociálním a j. Ke knize připojen je seznam členů Nár. shromáždění, změny nastalé v jeho složeni jakož i seznam úředníků Nár. shrom. Publikace jest opatřena i ilustracemi, podobiznami, pohledy na sněmovnu i obrázky z její síní. Ve vydávání bude se každoročně pokračovati, takže ročenky Národního shromáždění budou důležitým pramenem pro politické dějiny československého národa.

Pramenný význam má i druhá publikace, *Rok práce*, vydaná tiskovým odborem presidia ministerské rady. Nevystupuje sice na venek tak slavnostně jako ročenka Národního shromáždění, ale pro dějiny našeho státu je stejně důležitá. Podávát úřední data o činnosti všech našich ministerstev v prvém roce republiky. Do jisté míry má kniha tato ještě větší význam než ročenka Národního shromáždění, neboť odhaluje nám clonu, jíž je širší veřejnosti utajena méně známá činnost státní správy. Již povaha činnosti sborů zákono-

dárných ve všech státech přináší s sebou, že všechny kroky parlamentu se dějí veřejně, před tváří celého národa, kdežto činnost státní správy je zrakům občanstva do značné míry utajena. Státní občané mívají příležitost nahlížeti do tajů exekutivy z pravidla teprve tenkráte, když sbor zákonodárný, vykonávaje právo dozoru nad správou, přivádí na přetřes jednotlivé otázky státní správy. Jinak zůstává činnost exekutivy pokryta jakýmsi pláštíkem taje, i když běží o státní správu republiky. Zkušenost tato platí hlavně o úředních údajích a číslicích. Pokud státní správou samou přímo nejsou publikovány, bývá jednotlivcům těžko si je opatřiti. Vítáme proto i druhou ze shora uvedených publikací. Bude-li také presidium ministerské rady vydávati stálé ročenky o činnosti nejvyšších orgánů státní správy, bude napsání politických dějin našeho národa značně ulehčeno.

Kniha „Rok práce" skládá se vedle předmluvy z 15 oddílů. V každém z nich vyličuje se činnost jednoho ministerstva. Počíná se českou prací zahraniční, načež následuje obraz činnosti ministerstva národní obrany, ministerstva vnitra a postupně jiných ministerstev. Končí se statí psanou slovensky „Administrácia na Slovensku". Poučná jest jmenovitě část týkající se národní obrany. O ní platí nejvíce to, co jsme pravili, o důležitosti úředních dat. Bez podobných informací, jaké jsou tu podány, nevěděli bychom ničeho o obtížích, jak byla téměř z ničeho organisována československá branná moc. *K. K.*

Hodža Milan, Československý rozkol. Príspevky k dejinám slovenčiny. Turč. Sv. Martin, 1920. Stran 400.

Škultéty Jozef, Sto dvadsaťpäť rokov zo slovenského života. 1790—1914. Odpoveď na knihu dr. Milana Hodžu. V Turč. Sv. Martine, 1920. Stran 148.

Dva vynikající Slováci podávají tu stručné dějiny vzniku literárního jazyka slovenského. Spis druhý je polemický. Vyvolán byl prací prvou. Zásadně různá stanoviska patrna jsou již z titulu obou knih. Hodžovi jest zavedení spisovné slovenštiny místo dřívějšího literárního jazyka českého rozkolem, Škultéty však nevidí v přijetí slovenštiny žádného roztržení československé národní jednoty, poněvadž pravé jednoty vlastně ani nebylo! Slováci vyvíjeli se následkem tisícileté přehrady mezi nimi a Čechy svým vlastním, osobitým způsobem. Proto Bernolákovci a Štúrovci neodtrhli prý Slovákův od Čechův. Naopak, Slováci našli prý se s Čechy teprv od vystoupení Bernolákovcův a zejména Štúrovcův (str. 120). Škultéty nejen že se na věc dívá jinak než Hodža, ale jemu je dokonce proti mysli, že v době, kdy sotva vznikl stát československý a kde je třeba jej konsolidovati a vystříhati se všeho, co by mohlo sebe méně škoditi jednotě mezi Čechy a Slováky, vychází kniha, která může onu jednotu ohrožovati. Nebylo-li jednoty dříve, táže se Škultéty (str. 80), co to vadí dnes, kdy Češi a Slováci žijí už v jednom státě, čeho se nedosáhlo ani slavnými dějinami 9. století! Když už je jednou propast překročena, nač se zastavovat a pohlížením do ní otravovat ducha? Spíše si máme zavýsknout a s nadšením chápati se práce, pustit se do velikého úkolu.

Než všimněme si již obou prací! Milan Hodža líčí na počátku své knihy, že československá stala se z vnitřních příčin spisovnou řečí na Slovensku.

České přílivy na Slovensko dály se již ve stol. 11., 12., 13. a 14. Slovenština a čeština nebyly v době předhusitské různými jazykovými jednotkami, nýbrž slovenština byla jen „starší sestrou staročeštiny". Zvukoslové odchylky nové češtiny od jazyka starého vyvíjely se vlivem německým teprve ve stol. 13. až 16. Mocný vývoj jazyka v Čechách, v centru bujného politického a kulturního života, způsobil, že česká forma jazyka stala se mezi československými nářečími panující. „Národ český čili slovenský" uznán byl ve Verböczyově Tripartitu i v zák. čl. 13. z r. 1608, jakož i v zák. čl. 44. z r. 1699. Za politického a národního úpadku v českých zemích ve stol. 17. přenáší se těžisko československého písemnictví na Slovensko. Zvláštní slovenské prvky ve společné řeči objevují se od prvé čtvrtiny 17. stol., ale jsou starší.

Z ideologie zednářských loží uherské šlechty vyrostla ve druhé pol. 18. stol. moderní myšlenka „národa uherského", rozuměj maďarského. K životu národnímu chtěl buditi tehdy Slováky katol. kněz Ant. Bernolák. Když vystoupil r. 1787 se svou slovenštinou (západním nářečím), bylo mu k tomu důvodem, že čeština byla tehdy v úplném úpadku; jako by jí vůbec ani nebylo. Ale příčina československého rozkolu byla podle Hodže vlastně hlubší. Působil tu i odchylný politický vývoj uherský. České probuzení na konci stol. 18. vytrysklo z individualistických a emancipačních snah nižších vrstev českého národa a bylo demokratické. Naproti tomu slovenská národní myšlenka vyplynula ze zřídla konservativního světového názoru, takže se octla pod jednou střechou s maďarským sociálním (šlechtickým) zpátečnictvím (str. 75). Ani momenty citové nebyly při rozluce bez významu. Nechuť k protestantské československé stupňovala se u Bernolákovců (katolíků) na tlumenou nenávist z důvodů církevních. Bernolákův pokus ztroskotal nejen pro svou nevypracovanost, ale hlavně proto, že na sklonku 18. stol. bylo u Slováků do národního probuzení ještě daleko.

V evangelickém světě slovenském, původně pasivním, objevuje se v 30. a 40. letech 19. stol. souběžný politický ruch, a sice s myšlenkovým obzorem německým (str. 85). Proti separatismu slovenskému byl Šafařík a Kollár. Autor „Slávy dcery" vrátil Slováky do ideové jednoty československé, takže v 30. letech 19. stol. nebylo na Slovensku zásadního separatismu. Na sklonku 30. let vynořila se mezi mladými Slováky myšlenka politického slovenského časopisu. Měl vycházeti ve spisovném jazyku československém. Československé drželi se tehdy všichni tři potomní zakladatelé nového literárního jazyka slovenského, Hodža, Hurban i Štúr.

Na podzim r. 1842 nastal najednou silný obrat. Způsobil jej Štúr, který po svých hallských studiích na podzim r. 1840 zaujal na bratislavském lyceu suplenturu. Vlivem hegelovské filosofie přisuzoval Slovanům velikou kulturní budoucnost. Slovanstvo vystřídá v dějinách období germánské a bude véwoditi jako vyvolený národ. Touto svou theorií vznítil Štúr až do extase slovenskou mládež v Bratislavě. Třetího roku po svém návratu z Halle počal bořiti dosavadní československou literární jednotu a pracovat o rozluku. S počátku stál jen v pozadí; dříve vystupovaly veřejně osoby jiné, zejména Hurban, který v červnu r. 1844 vydal druhý ročník své „Nitry" už po středoslovensku. Nový literární jazyk dostal proto název „hurbančiny". Na obrat u Štúra nepůsobil jen duch hegelovské filosofie, nýbrž nové politické poměry

v Uhrách a i v celé habsburské monarchii. Dne 5. května 1840 vrátil se z tříročního vězení Ludvík Kossuth, lžiliberál, který se postavil v čelo tehdejšího národního hnutí maďarského. Proti ztřeštěným snahám Maďarů bylo třeba uherským národnostem se brániti. Chorvaté vedli si statečně; uzavřeli spolek s Vídní. Kde měli Slováci hledat oporu ve svých bojích s Maďary? V Čechách a na Moravě tvořil se teprve nový politický obzor s plánem federativního Rakouska. Hr. Lev Thun vydal r. 1842 a 1843 dvě politické brožury, jež stály na stanovisku austroslavismu. Druhá z nich vypořádávala se s druhem Kossuthovým Frant. Pulszkým. K Vídni obraceli pozornost Slováků nejen Chorvaté, nýbrž i Thun a zejména státní ministr Kolovrat, dobře známý s Kollárem. Od r. 1839 stále si všímal Slováků a měl je k tomu, aby vyhledávali spojení s trůnem. Kossuthův liberalism zahnal do národního tábora také drobnou šlechtu slovenskou. Štúr toho použil a hledal pro snahy své oporu i mezi národním zemanstvem, jež mu na podzim r. 1842 nabízelo přímluvu u vlády ve věci povolení slovenských novin.

Různé okolnosti vedly Štúra k tomu, aby se trhl od společného jazyka Čechů a Slováků a aby založil pro Slováky nový jazyk literární, za nějž vybral střední slovenštinu. Důvody jeho pro rozluku uvedeny jsou ve spise vyšlém teprve r. 1846, Nárečja slovenskuo. Slováci nemají jen zvláštní jazyk, odchylný od českého, nýbrž jsou i zvláštní národní individualitou. Jazykem svým musejí psáti i z důvodů politických, aby se mohli v uherské své vlasti uplatniti i v životě veřejném. Jen řeč domácí, jíž lid v zemi užívá a jíž mluví, má prý naději na povznesení. Plně dáváme Hodžovi za pravdu, že přední kapitolou v dějinách samostatné slovenčiny bylo, aby kmeni slovenskému dány byly vnější a politické atributy uherského vlastenectví (str. 194).

Ve prospěch své národnosti chtěl Štúr pracovati v novinách. Od r. 1841, kdy ještě neuzrál v něm úmysl bojovati za spisovný jazyk slovenský, domáhal se úředního povolení novin pro Slovensko. Marné byly však kroky podnikané za tím účelem u budínské místodržitelské rady. Ani opětným rekursům nebylo vyhověno. Štúr a přátelé jeho obrátili se tedy do Vídně. Koncem dubna 1844 představilo se arciknížeti Ludvíkovi ve Vídni slovenské poselstvo, jež předložilo žádost o povolení novin. Tentokráte měl Štúr větší štěstí. Koncem r. 1844 doporučil policejní ministr hr. Sedlnický jeho žádost a v polovici ledna r. 1845 podepsal již císař rozhodnutí o povolení slovenských novin. V srpnu r. 1845 počaly Národňje Slovenskje Novini vycházeti.

Objevení se Štúrova časopisu v jazyku slovenském mělo neobyčejný účinek. V době dvou let vyšlo na 20 větších i menších slovenských spisů. V nové spisovné řeči vycházelo i několik časopisů. Vedle Štúrových Novin byl to Orol Tatránski, a r. 1846 učiněn i pokus o vědeckou revue, Hurbanovy Slovenské Pohl'ady. Proti Štúrově jazykové novotě postavil se však Kollár, který hájil písemné češtiny. Vzešla z toho prudká polemika mezi Kollárem a Štúrem. Oposice byla tak silná, že v druhé polovici r. 1846 odvraceli se od Novin odběratelé ve velikém počtu. Proti rozkolu vydáni byli r. 1846 v Praze „Hlasové o potřebě jednoty spisovného jazyka pro Čechy, Moravany a Slováky“. Pro jednotu jazyka vystoupili zejména všichni tři literární koryfeové čeští, Jungmann, Šafařík a Palacký. Slova Palackého po-

pudila Dra. Hurbana. Ve Slovenských Pohl'adech (1846) odpovídal způsobem velmi neslušným.

Do polemiky zasáhl i Michal Hodža. Obšírný spis jeho, tehdy Orlem Tatranským neuveřejněný, vyšel teprve po dvou letech v rozšířené formě pod názvem „Větín o slovenčině“.

V Čachticích dne 10. srpna 1847 na společné schůzi slovenských evangelíků a katolíků bylo dílo rozkolu dovršeno, když zatím na počátku r. 1847 vyšel Hodžův Epigenes Slovenicus, v němž se Štúrův jazyk opravuje. Tatrín konal tehdy v Čachticích své čtvrté shromáždění. Pod předsednictvím „přednosty“ Tatrína, M. Hodže, sešlo se 57 nejčelnějších vlastenců, jak katolíků, tak evangelíků. Usnesli se opraviti slovenčinu na základě Hodžova Epigenesa a zvolili k tomu účelu zvláštní výbor. Vědecké vybuďování slovenčiny připadlo pak M. Hattalovi. Práce jeho sloužila za podklad schůze čachtického výboru, konané r. 1851 v Prešpurku. Výbor přijal Hodžův pravopis, revidovaný Hattalou, a celou mluvnici tak, jak ji autor zpracoval.

Zatím vyvrácen byl r. 1849 stát maďarský. Otázka literárního jazyka na Slovensku vstoupila do nové fáze. Působením vídeňské politiky opuštěna byla slovenčina jako jazyk spisovný, a zavedena zase čeština aneb, jak ji tehdy zvali, staroslovenčina. Jen po krátkou dobu vycházely vídeňské „Slovenské Noviny“ v hodževsko-hattalovské slovenčině. Na konci r. 1849 nařídila jim vláda, aby psaly po „staroslovensku“ (česku). Do češtiny překládal se od r. 1851 v Budíně i „Zemský zákonník“, a v jazyku tom vydávány i mnohé nové spisy pro Slovensko. Sám Štúr vzdal se po prešpurském normativu z r. 1851 odporu proti literární češtině. Nová politická situace, nastalá r. 1859, odstranila u Slováků zase češtinu. Československá rozluka stala se r. 1860, praví Hodža, „tvrdou skutečností“ (str. 338). Slováci uviděli však brzo po zavedení rakousko-uherského dualismu, že si slovenčinou postavení své v Uhrách nezlepšili. Maďaři pozavírali jim střední školy a r. 1875 zrušili i Slovenskou Matici. Slováci dočkali se i pověstného výroku min. Kolomana Tiszy, že není slovenského národa. Reakcí proti tomu měl být návrat Slováků k češtině. Šestý svazek „Nitry“ vydán byl Hurbanem zase po česku. Ale Hurbanův pokus o návrat ztroskotal. Slováci zůstali již při své slovenčině, ovšem bez ambicí vytvořiti speciální svou literaturu vědeckou. V oboru vědy měla tedy u nich čeština zůstati.

Všechny své vývody snaží se autor podepříti hojným pramenným materiálem. Čerpal nejen z tištěných spisů, nýbrž sáhl i k látce archivové. Kniha jeho vyznačuje se již na první pohled nesporným kriticismem. Na hlavní činitele rozluky, Štúra, Hurbana a Hodžu, a vůbec na celou dobu dívá se zrakem vzdáleného sice, ale za to tím objektivnějšího pozorovatele, který dobře dovede rozeznati světlé i temné stránky vystupujících osob. Štúr je mu sice velikou osobností, ale to nevadí, aby ji zkoumal kriticky. Plně dáváme mu za pravdu, že slovenčina byla politicum hungaricum. Ukázalo se to nejen v letech čtyřicátých 19. stol., nýbrž i za pozdějších změn politické situace v Uhrách. Sympatické je nám také Hodžovo stanovisko v otázce literárního jazyka československého. Přiznává se k československé jazykové jednotě. Také jemu jest, podobně jako Šafaříkovi, poměr slovenčiny k češtině jako kruh v kruhu. V předmluvě k svému spisu (str. 13) praví,

že samostatná slovenčina jako výtvor ryze jazykovědný má nedocenitelný dosah mravní a kulturní, a (na str. 14) že ani samé české kultuře není slovenčina bezcenným idiomem. „Česká kultúra i český jazyk budú potrebovať osviežения, najdú ho v návrate k svojej vlastnej podstate, a tá je v rýdzich studniciach na Slovensku. Jednote a súručenstvu v práci kultúrnej nebude dvojný výraz československého jazyka nijako na závade". Podle mínění autorova není ve své dnešní formě dokonalá ani čeština, ani slovenčina. Vzájemné vlivy, tvaroslovné a slovníkové, z Čech na Slovensko, skladbové a frazeologické ze Slovenska do Čech, působily dříve a budou působiti tím více nyní. Obě formy československé chtíc nechtíc budou se doplňovati.

Z obavy, aby připomínání starých sporů zbytečně nerozdvojovalo Čechy a Slováky, uveřejnil J. Škultéty pod titulem shora uvedeným svou polemickou odpověď na knihu M. Hodžovu. Nesouhlase se základním naziráním na věc, vykládá Škultéty v prvé polovici svého spisu slovenské probuzení s vlastního svého hlediska bez formy polemické. Polemickou stává se odpověď jeho teprve v druhé své části (str. 70—148).

V kapitole prvé spisovatel líčí začátky slovenského probuzení a činnost Bernolákovu. Naproti Hodžovi vykládá podobně jako Pypin, že začátky uvědomění slovenského jsou jen článkem v řetězu velkých proměn, jež nastaly v duševním životě národů ve druhé pol. 18. stol. Bernolákova gramatika vyšla r. 1790, právě tehdy, kdy na uherském sněmu vystoupil maďarism s touž nesnášelivostí, kterou se vyznačoval potom po více než jedno století. Podle Marczalia (Az 1790—91 országgyülés, 2 sv., vyd. Maď. Akad. 1907) protivili se tehdy maďarisaci v Uhrách jen Slováci. Za to dynastie byla na straně Maďarů. Zajímavá je poznámka Škultétyho, že Jos. Hajnóci, syn slovenského kněze, byl duší liberálního hnutí, jehož hlavní představitelé zemřeli r. 1795 na popravišti pod budínskými hradbami, hnutí, jež povstalo již za Josefa II. a zve se obyčejně Martinovičovským spiknutím, ač Ignác Martinovič neměl ani přibližně toho vzdělání a agitátorského nadání jako Hajnóci.

Slováci vystupovali tehdy čile, ale podle autora podmanil si je zemský duch, hungarism, který byl pro ně neplodný. Co se dálo na Slovensku, všechno mělo jen jakýsi kulturní význam. Účinků, budících národnost, duševní snahy čilých evangelických Slováků podle Škultétyho téměř neměly až po Ribayovce, Tablice a Kollára.

Spisovatel obrací pozornost nejen ke snahám maďarisačním, nýbrž i ke germanisačnímu úsilí, s nímž museli Slováci bojovati od konce stol. 18. a na počátku 19. Ze škol, z Bratislavy i jiných větších měst, vracela se mládež domů poněmčená. Ve vzdělanější společnosti stala se německá řeč panující. Ani po vídeňském kongrese nebyla habsburská politika Slovanům příznivější. Metternich a jeho policie báli se panslavismu. Maďaři zpozorovavše to, hrozili stále tímto strašidlem a nepřestali dokazovat ve Vídni, že Slované jsou nebezpečím pro Uhry i dynastii. V 30. letech 19. stol. časopisy maďarské štvaly již soustavně proti Slovákům z nenávisti, vzbuzené spisy Kollárovými, Hollého a Šafaříkovými.

Proti maďarisačním návrhům na sněmě v l. 1825—1827 slovenští členové sněmu dokazovali, že je nemožno dosazovati za úředníky jen lidi znající maďarsky. V horních Uhrách je prý snažší naučit se německy nebo

francouzsky než maďarsky. Slovenští páni v prvé třetině 19. stol. ještě neuměli maďarsky, aspoň jich většina. Maďarské listy, jež známe z archivů hornouherských už ve stol. 17., jsou ze značné části prací maďarských písařů. Ostatně, psány jsou takovou smíšeninou řeči maďarské a latiny, že kde neuměl latinsky, většině těch listů nerozuměl. Maďarský duch národní budil se podle Škultétyho za spolku s Turky, za pomoci turecké v době panování Bočkaje, Betlena a prvých Rákócziů v Sedmihradech. Arcibiskup Pázmány byl takovým horlivým Maďarem, že si dopisoval o národních zájmech maďarských s hlavou protestantismu, kníž. Betlenem. Maďarství tak se vzmohlo v té době, že slovenští zemani počali si maďarštit svá jména. Po pokoření kuruckého odboje, po r. 1711, maďarský národní duch znova ochabl, a nová doba maďarství nastala až od r. 1790. Největší překážku viděli Maďaři již v první pol. 19. stol. ve Slovácích, a proto si proti nim počínali nejfanatičtěji. Ztotožnili se již tehdy se státem, a proto každý, kdo chtěl nabýti moci, musel se stát Maďarem. Slovenští zemané jen po krátkou dobu se maďarismu vzpírali. Nechtěli-li se zbavit významu, učili se maďarsky. S počátku šlo to z těžka, ale s přibýváním škol proces se ulehčoval. Osud Uherska byl rozhodnut na sto let, praví Škultéty (str. 25).

V kapitole druhé Škultéty líčí prostředí, v němž působil v Bratislavě L. Štúr. Ve druhé polovici 30. let 19. stol. postavil se v čelo tamní studující mládeže. R. 1828 zřídili si slovenští lyceisté v Bratislavě slovanskou knihovnu a mimo to i společnost československou, na jejíž schůzích se řečnilo a předčítaly literární práce. Prvým předsedou společnosti byl Palkovič. Náměstka jeho volila si mládež mezi sebou. Po Palkovičovi převzal předsednictví prof. Ševrlay; náměstkem byl od r. 1836 Štúr. Mládež slovenská přicházela do Bratislavy národně neuvědomělá. Štúrovou prací bylo získávat jednotlivce národu. Autor líčí horlivou jeho činnost. R. 1837 zakázala však místodržitelská rada uherská spolky mládeže na evangel. školách. Slovenští nadšenci nedali se zastrašiti. Prof. Ševrlay a Štúr zřídili Ústav literární, v němž Štúr mezi jiným vyučoval slovanským dějinám a literaturám. Požívaje již dříve důvěry profesorů, Štúr vyučoval i v nižších třídách gymnasijních československenčině. Nejhorlivější činnost počal vyvíjeti ovšem teprv r. 1840, když se vrátil z Halle. Přišel právě v tu dobu, kdy maďarismu počala sloužiti i správa evangelické církve. Nový generální inspektor této církve, hr. Karel Zay, dal se cele do služby maďarismu. R. 1841 generální konvent evangelický jmenoval výbor, který měl připraviti sjednocení luteránů s kalvinisty v jednu církev. V unii měli být luteránští Slováci majorisováni kalvinskými Maďary. Zásluhou Jos. Hurbana, který vydal r. 1846 proti spojení takovému brožuru „Unia", byly maďarské úklady zmařeny.

V bojích svých se Slovany spojili se Maďaři už tehdy s Němci. Vidno to z brožury Wesselényiovy „Szózat" (1843). Později propagoval myšlenku spolku maďarskoněmeckého zejména bar. Josef Eötvös.

Proti Zayovým krokům maďarisačním umínil si Štúr působiti publicisticky. Chtěl původně také, aby Slováci podali petici ke sněmu. Později se však od petice upustilo, ale za to v červnu r. 1842 podána byla petice k panovníkovi. Společným úsilím Štúrovým a Kollárovým byl v čele deputace získán superintendent Pavel Jozeffy. Ve své petici prosili Slováci, soustavně

podezřívaní, o ochranu královu. Pro slovenské spisy žádali dva censory a aby i obranné spisy slovenského národa mohly být uveřejňovány. Stolice slovenské řeči a literatury na bratislavském lyceu měla být potvrzena. Na universitě peštské domáhali se zřízení stolice pro slovanské řeči a literatury. Pro matriky a církevní knihy měla být zachována latina. Bohoslužba v mateřštině měla požívati ochrany. Aby palatin Josef, nenávidící Slovany, nekazil vídeňskou akci, předložili mu Slováci obsah petice. Nepochodili ovšem. Právě palatin zmařil ve Vídni vyhovění jejich žádostem.

Všechno to nezastrašilo Štúrovce. Používali nových a nových prostředkův obrany. Po palatinově odpovědi na petici ke králi konali přípravy zavésti slovenčinu za spisovný jazyk. V Pešti, jakmile to zpozorovali, sesílil svůj teror. V červnu r. 1843, když se skončil školní rok, objevila se v Bratislavě vyšetřující komise, vyslaná generálním konventem a složená ze samých přepjatých maďarských politiků. Chtěli odstranit Štúra. Ačkoli komise neshledala nic závadného, byl přece Štúr téhož roku 1843 odstraněn s katedry, kterou si Slováci r. 1803 zřídili a soukromými vlastními prostředky udržovali.

Účinky násilí bylo viděti r. 1844. Nikdo ze starších vlastenců netroufali si připojiti se k nové deputaci do Vídně. Šli jen dva mladí kněží z nejbližších přátel Štúrových, Jos. Hurban a Lad. Paulíny.

Podle Škultétyho byly by pro Slováky následovaly ještě horší časy kdyby L. Štúr a přátelé jeho byli se dali zastrašit. Aktuální stávala se otázka povolení slovenských novin. Po nezdaru v Budíně hledal Kollár spojení se zemany. Ti měli podporovati věc slovenskou. Tak se stalo, že žádost o povolení slovenských novin podepsalo i mnoho turčanských zemanů. Nejvíce prospěl arci Štúrovi chorvatský magnát bar. Kulmer, u dvora persona grata. Jeho pomocí konečně dáno svolení k vydávání slovenských novin.

Tak, jak Škultéty věc líčí, došlo k zavedení literární slovenčiny váhou všech tehdejších politických a národnostních poměrů. Štúr jednal zcela správně, když se chopil jako nového účinného prostředku proti maďarisac jazyka lidu. Výklad Hodžův Škultéty neschvaluje a v další části spisu svého s Hodžou stále polemisuje. Nemůžeme tu spisovatele v polemice jeho stopovati. Jisto je, že leckterý úsudek Hodžův opravuje a že mnohé jeho tvrzen vyvrátil, ale přece se nám zdá, že je příliš přísným soudcem a že zásadně odchylné stanovisko mu nedovolilo, aby správně pochopil autora „Československého rozkolu". Na nás, kteří stojíme opodál celého sporu a nemáme tedy zajisté zrak zakalený straněním ani jedné, ani druhé straně, neučini spis Hodžův toho dojmu, že by v něm Štúr byl zobrazován jako osobnos „temných, nedobrých úmyslů", jak to vytýká na str. 70. Škultéty, anebo do konce že by Štúr byl líčen jako nějaký maďarón. Naopak, kniha Hodžova svědčí po našem mínění o tom, že autor její snažil se vylíčiti osoby i události co nejsprávněji, i když sem tam vloudilo se mu nějaké nedopatření

Nejzajímavější pro nás z druhé části spisu Škultétyova jsou místa, kde se vykládá o šíření se spisovné češtiny mezi Slováky. Dobře praví autor (str. 76), že podmínkou spisovného jazyka jsou poměry moci, ne fonetika nářečí. S tohoto hlediska všímá si tedy češtiny na Slovensku. Že se Slováci spisovným jazykem od Čechů neoddálili, připisuje zejména vlivu Karlovy

university do 14. stol. Správně také ukazuje na to, že češtině podlehly v 15. stol. všechny západoslovanské spisovné jazyky. Z horních Uher mnozí studovali na pražské universitě a přinášeli sebou domů znalost českého jazyka. Válkami vedenými s obou stran moravsko-uherské hranice odcizovali se však Češi a Slováci jedni druhým. Slováci cítili solidaritu ne s Moravany a Čechy, nýbrž s Maďary. Účinky češtiny na Slováky časem se tratily. Ke konci 16. stol. přerůstala slovenčina v horních Uhrách už češtinu (str. 77). Užívalo se nejen slovenských slov a tvarů, nýbrž slovenčila se i skladba. A dálo prý se to vědomě. Tento proud přetržen byl událostmi, jež následovaly v Čechách a na Moravě po bělohorské bitvě. Čeští a moravští exulanti ve značném počtu přišli na Slovensko i se svými knihami. Čeští kněží v slovenských seniorátech dostali se i do far. Čeští bratří měli ve Skalici, Púchově a Lednici i své církevní sbory. V Trenčíně r. 1632 čeští vyhnanci založili si tiskárnu a měli později vliv i na púchovskou, žilinskou, levočskou a jiné tiskárny. V Levoči vyšel r. 1636 kancionál Jiřího Třanovského Citara Sanctorum, sestavený v přesné češtině. I tak šířil se spisovný český jazyk. Čeština literární řeči tak zvítězilo, že i katolíci slovenští, kteří ze zásady se mu vzpírali, začali se poddávati češtině (srov. Rituale Strigoniense z r.1625). Ovšem, stále se čeština nezakořenila ani tehdy, i když nejčinnější lidé nového pokolení, jako Daniel Krman, Matěj Bel, Jakobei a Pavel Doležal se přidrželi jazyka Třanovského a měli na čas opět převahu (str. 79). Od konce stol. 18. čeština počala zase slábnouti (str. 89). Nyní byl proti ní i zvláštní duch doby. Nebýt od dvacátých let 19. stol. Kollárovy Slávy Dcery, byla by čeština na Slovensku sama sebou zanikla. Sám Kollár od svého článku Myšlénky o libozvučnosti rečí vůbec, obzvláště československé byl s češtinou ve stálém boji. Maďaři viděli, jak od konce 18. stol. vznikaly literatury malých slovanských národů a jak rostlo slovanské národní vědomí (str. 90). Věděli prý také, že v 16., 17. a 18. stol. za češtiny vyvíjel se hungarism, ale jak od konce 18. stol. začala zdvihat hlavu slovenčina, že se jí v zápětí ukazoval duch, nesrovnávající se nejen s maďarismem, ale ani s hungarismem. Dostačil prý jim příklad Matěje Bela, skutečného maďarona.

S tímto míněním autorovým těžko je nám souhlasit. Maďaři, odjakživa dobří politikové, nemohli nevěděti, že hungarism Slováků v 16.—18. stol. a čeština jejich nebyly v nejmenší souvislosti. Tehdy přece Maďaři nevybočovali ještě z mezí rozumu a práva a sami jsouce národnostně malí, neutiskovali a nemohli utiskovat jiných národností. Kdyby byli zůstali střízlivými i ve stol. 19., hungarism nebyl by vymizel mezi nemaďarskými národnostmi, ať by byly užívaly jakéhokoli spisovného jazyka. Přemrštěncům maďarským muselo být lhostejno, píšou-li Slováci slovensky či česky. Jim stačilo, že se vzpírali maďarštině. Jen většina předních Slováků se v době Štúrově *domnívala*, že spisovný domácí jazyk národnost zachrání, ať už proto, že v bojích s Maďary bude to účinnější prostředek než méně známá čeština, či proto, že opuštěním češtiny odpadne podezření, že Slováci jsou panslavisté, jak stále byli podezříváni.

Česká veřejnost bude zajisté vděčna oběma autorům za zajímavé jejich knihy. Odporující si navzájem stanoviska nebudou českému čtenáři vaditi. Netýkajíť se nynějšího ani budoucího našeho poměru ke Slovákům, nýbrž

jen minulosti. Hlavní věcí jest, že čtenářstvo české se z obou knih hojně poučí. I když úvahy o ledačems, co vykládá Hodža, považuje Škultéty dnes, kdy stát náš sotva byl zřízen, za nevhodné, českému čtenáři přijdou výklady obou spisovatelů velmi vhod. *Karel Kadlec.*

Nistor I. Der nationale Kampf in der Bukovina. Bucureşti 1919. (S etnografickou mapou Bukoviny. Vydáno Rumunskou Akademií.)

Kniha vyšla ve svém jádru po rumunsku a sice pod názvem Românii şi Rutenii în Bucovina (r. 1915). Ve formě německé je přepracováním původního spisu. Dokazuje se v ní, že Rumuni jsou nejstarším usazeným národem v Bukovině, a Rusíni že se teprve pozdě přistěhovali. Ačkoli si autor především všímá jen obou hlavních národů země, přihlíží vedle nich i k Němcům, Židům, Polákům, Maďarům, Lipovanům a Slovákům. Opírá se o četné prameny. Pouhý seznam použitých spisů zaujímá přes 7 stran. Obsah patrný je z nadpisu těchto 10 kapitol. I. Vztahy Rumunů k Rusínům od nejstarších dob až do 17. stol., II. Původ a rozšíření Huculů v Bukovině, III. Pronikání Rusínů z rovin do Bukoviny, IV. Číselný poměr mezi Rumuny a Rusíny v Buk. v době zabrání země (Rakouskem), V. Snahy řeckokatol. biskupů, VI. Stěhování z Moldavska, VII. Severobukovinští Rumuni v boji s Rusíny, VIII. Vystěhovalectví z Bukoviny a jeho příčiny, IX. Politická a číselná převaha rumunského živlu v Bukovině od r. 1848, X. Protivy mezi Rumuny a Rusíny od r. 1848 až do přítomnosti. Ke konci připojen je rejstřík jmen a věcí. *K. K.*

Právní filosofie.

Weyr: *Základy filosofie právní.* Nauka o poznávání právnickém. — V Brně 1920. —

Kdo se zajímá o rozvoj české vědy právní jistě s radostí uvítal tento spis, jenž jest nejen prvním obsáhlejším původním českým spisem právně filosofickým, nýbrž i jakýmsi filosofickým vyznáním víry auktora, jenž již řadou temperamentních článků a polemik ukázal, že v základním nazírání na právní vědu podstatně se uchyluje od způsobu obecně běžného. Při spisu takového rázu jest úkol kritiky dosti složitý. Nestačiť vyvraceti jednotlivé poučky poučkami dosavadní vědy, poněvadž proti jejich základu právě auktor především bojuje. Proto má-li kritika splniti své vědecké poslání, totiž rozborem kritisovaného učení se své strany přispěti k vyjasnění oněch problémů, o něž auktorovi jde, musí pominouti jednotlivosti a soustředití svou pozornost na sám základ kritisovaného učení a to po dvou stránkách: totiž především, zda cesta, již auktor právní vědě vytyčuje, je schůdná, t. j., zda je logicky správná; a za druhé, zda je účelná, t. j., zda jistěji vede k cílům právní vědou sledovaným, než cesty doposud obvyklé. Neboť věda není sama sobě účelem, není pouhou hříčkou pojmů, nýbrž jest nástrojem poznání. Nemůže ovšem býti nástrojem poznání, co stiženo je logickou vadou; ale jsou myslitelny a vyskytují se, zvlášť v německé vědě, logicky správné

konstrukce, jež přes to nemůžeme pokládati za vědecký zisk, poněvadž nám selhávají právě tam, kde jich jako nástrojů poznání chceme použiti.

Druhá věc, jež činí kritiku spisu tohoto rázu obtížnou, jest tato: Povrchní čtenář velmi snadno zamění v kritice hájení odchylného mínění s odsouzením. Poněvadž pak obhájce nového směru vždy je v nevýhodě proti zastancům vychozených cest v tom, že i ve vědě se uplatňuje zákon setrvačnosti, jest tu vždy nebezpečí, že ten, kdo proti spisu, jako je Weyrova filosofie, chce zaujmouti odchylné mínění, bude prohlášen za staromilce, ne-li zpátečníka, jenž nedovede pochopiti nových tendencí ve vědě. A tak i kritika, jejímž cílem není, než sloužiti zdravému vývoji vědy kritickým oceněním nových nauk mohla by u jedněch posíliti odpor proti novým směrům, u druhých snahu vše nové nekriticky přijímati. Proto pokládám za nutno předem zdůrazniti, že i tam, kde nemohu souhlasiti s učením Weyrovým, vážím si jeho opravdové snahy klestiti vědě právní nové cesty. Často již ve vědě prokázalo míněni, jež se ukázalo vědecky neudržitelným, větší služby, než množství nepochybných pouček, a to právě tím, že vzbudilo kritiku a vedlo k rozboru otázek a stanovisek, jež by snad ještě dlouho zůstaly nepovšimnuty, kdyby odvážný auktor nebyl, třeba ukvapeně, se pokusil je vtěliti ve své učení.

1. Právní filosofie Weyrova není právní filosofií v tom smyslu, jak tomuto slovu rozumějí laici hledající ve spisech právně filosofických odpověď na otázku, jaké by právo mělo býti, jaký by byl ideální stát, ideální řád hospodářský. Již podtitulem spisu naznačuje a v úvodě obšírně vykládá Weyr, že jeho právní filosofie je právní noetikou, naukou o podmínkách a mezích právnického poznání.

Formulujeme-li s Weyrem takto problem právní filosofie, musíme býti připraveni na otázku: Má vůbec právní věda svou zvláštní noetiku, liší se skutečně poznání práva od poznání ostatních předmětů vědních tak, že by tu platily jiné zásady noetické, než ve vědách jiných? Uvědomujeme si skutečně právo jinak, než na př. umění, mravnost, věci hmotné, pohyb hvězd? Nikomu jistě po Kantovi nenapadne, aby psal noetiku zoologie na rozdíl na př. od noetiky botanické, poněvadž víme, že podmínky a meze poznání jsou při hmotných zjevech a zvláště při zjevech organických stejné. Máme-li tedy muviti o zvláštní „nauce o poznávání právnickém“, musíme dokázati dvojí: především, že v rámci oněch předpokladů, na nichž budují jiné, na př. přírodní vědy, je právo nemyslitelné; a za druhé, že ony odchylky v podmínkách a mezích poznání jsou specifické pro poznání právnické, neplatí tedy na př. stejně pro všechny vědy, jimž nejde o to, co jest, nýbrž o to, co býti má.

Dříve než s tohoto stanoviska posoudíme Weyrovo řešení problému zvláštní noetiky právnické, nutno aspoň schematicky naznačiti vlastní smysl otázek, jež si tu klademe.

Noetika nezabývá se obsahem, nýbrž jen formami našeho poznání. Tyto formy jsou tedy předmětem, o němž něco vypovídáme. V tom směru dlužno přesně lišiti noetiku od ostatních věd. Ostatní vědy totiž nevypovídají o formách poznání, nýbrž používají těchto forem k tomu, aby jimi určitého obsahu myšlenkově se zmocnily. Tu pak musíme dále lišiti vědy

exaktní od věd historických či empirických. Vědy exaktní totiž v oněch apriorních formách myšlení, s nimiž nás obeznamuje noetika, zpracovávají myšlenkově konvenční na empirii nezávislý obsah. Nejde jim o myšlenkové zpracování skutečnosti, jak ji prožíváme, jmenovitě, jak ji smysly přímo vnímáme, nýbrž o stopování možností myšlení v dané formě skrytých. Tak v matematice podrobujíce konvenční jednotku formám kvantitativního myšlení, uvědomujeme si možnosti vztahů kvantitativních, a podobně v geometrii pomocí bodu, jenž neexistuje, si uvědomujeme možnosti vztahů prostorových. Prostorové chápání, jež je předmětem noetiky, je tedy v geometrii prostředkem, jímž vytváříme určité myšlenkové výtvory, jež právě proto nazýváme geometrickými, že k nim docházíme uplatňujíce svou schopnost prostorového chápání. Stejně pak, jako v exaktních vědách, používáme forem myšlení i ve vědách empirických, jen že tu neaplikujeme těchto forem na obsah konvenční, nýbrž na obsah empirií daný. Tu pak je důležito všimnouti si rozdílu, jejž Rickert označil jako rozdíl mezi konstitutivními kategoriemi zjevu a metodologickými formami vědy oněmi zjevy se zabývající. Aby zkušenost byla možná, musí objekt vstoupiti do vědomí subjektu, t. j. musil jsem objekt vtěliti svému vědomí, což není jinak možno, než, aplikuji-li naň formy svého vnímání a myšlení. Kdybych nevnímal prostorově a časově, kdybych nemyslil kausálně, nebyla by zkušenost možná. Tyto formy tedy teprve ze skutečnosti, v níž a s níž žijeme, činí naši zkušenost, něco do nás rozličného, jsou tedy v tomto smyslu tyto formy myšlení, o nichž se poučuji v noetice, konstitutivními kategoriemi zjevů. Co při každém uvědomování činím nevědmky, jaksi naivně, to ve vědě činím vědomě. Tam uvědomuji si mnohost zjevů, lokalisuji je v prostoru i čase, spojuji zvláště jednotlivé děje v kausální řetězy, v zákony. Tu tedy vědomě forem myšlení používám jako pomůcek k myšlenkovému ovládnutí skutečnosti nekonečně různé a stále se měnící, čili, tu používám té neb oné formy nebo kombinací jich jako metodických forem dané vědy. Rozumí se, že tu opět musíme lišiti používání těchto forem od vědy, jež nám je odkrývá, totiž od metodologie či konkrétní logiky. Poměr je tu stejný, jako nahoře jsme vyznačili poměr mezi noetikou a exaktní vědou; je to poměr dvojího aspektu, v němž můžeme si každý duševní stav uvědomiti, když jednou jej prožíváme, podruhé jej činíme objektem svého poznání. Je to poměr bolesti, již prožívám, k pojmu bolesti, který si tvořím.

Tyto, ovšem zcela schematicky naznačené rozdíly dlužno míti na mysli při posuzování spisu Weyrova. Neboť tvrdím-li s Weyrem, že ony formy myšlení, jichž používám v jiných na př. přírodních vědách, nestačí k tomu, abych poznal právo, mohu vědecky postupovati trojím způsobem:

1. Buď učiním předmětem svého zkoumání tyto zvláštní formy myšlení, a pak ovšem nebudu pěstovati vědu právní, nýbrž noetiku, stejně, jako nepěstuji přírodní vědy, nýbrž noetiku, uvědomuji-li si na př. ve stopách Kantovy kritiky čirého rozumu formy, v nichž jedině je myslitelný kterýkoliv hmotný zjev;

2. nebo mi jde o to, abych si uvědomil možnosti myšlení v rámci oněch speciálních pro právo charakteristických forem myšlení, a k tomu cíli naplním formy právního myšlení konvenčním obsahem, a pak podnikám analogickou práci, jako geometr, když formy prostorového myšlení stopuje podle

různých myslitelných vztahů konvenčních bodů v prostoru; pak tedy opět nepěstuji právní vědu ve smyslu dnes obvyklém, nýbrž exaktní vědu právní, jíž asi nejvíce z dosavadních se blížili racionalističtí zastanci přirozeného práva, z novějších Stammler;

3. nebo konečně používám forem právního myšlení k tomu, abych si uvědomil skutečnost, ovšem pod zorným úhlem práva, tedy jednám stejně, jako přírodopisec, jenž stopuje empirické zjevy přírodní, jichž by si neuvědomil, kdyby nevnímal prostorově a časově a kdyby nemyslil kausálně; pak teprve pěstuji empirickou vědu právní. V tomto třetím případě tedy jsou ony formy myšlení, jež pro právo jsou charakteristické, konstitutivními kategoriemi předmětu právní vědy, poněvadž bez nich, jak s Weyrem předpokládáme, bych nebyl s to, abych jakýkoliv obsah si uvědomil jako právo, stejně, jako si nemohu uvědomiti jakékoliv hmotné věci, aniž na skutečnost aplikuji ony formy myšlení, jež k tvoření zkušenosti jsou nutné.

Uvědomíme-li si tak význam speciálních forem myšlení právnického jako konstitutivních kategorií predmětu právní vědy, vzniká nám další otázka, jakými metodologickými formami tento výsek skutečnosti mohu zpracovávati vědecky. A tu nutno aspoň teoreticky připustiti dvojí možnost:

a) buď že ony zjevy, jež myslíme ve formách pro právo charakteristických a jež tím teprve se stávají možnými předměty zkušenosti, podrobím metodologickým formám věd přírodních, tedy je lokalisuji v prostoru a čase a zařaďuji do řetězce příčin a účinků a pak pěstuji vědu o právu, jako mohu pěstovati vědu o umění, o filosofii, nebo o věcech hmnotných; nebo

b) že forem charakteristických pro myšlení právnické použiji jako metodologických forem právní vědy k tomu, abych tvořil v těchto formách nové myšlenkové výtvory, tedy nevypovídal o právu (kdy, kde a proč i jak působí), nýbrž vypovídal právo, tvořil na př. z materiálu mně positivním právem daného interpretací nové právní normy.

2. Otázku, proč je nemožno právo si uvědomiti ve formách, v nichž chápeme věci hmotné, Weyr podrobněji nerozebírá. Spokojuje se zjištěním, že jest prastarý a lidskému intelektu vrozený dualism mezi světem, jaký jest (dle kausálního zákona) a světem, jaký má býti dle určitých norem (str. 15.). Poněvadž pak norma je výrazem něčeho, co býti má (str. 18.), pro právní vědu pak předmětem poznávání jsou normy, plyne z toho beze všeho, že poznávání to jest normativní (ve smyslu zde vyloženém) a že tudíž věda právní patří do skupiny věd normativních (str. 35.). V této argumentaci jest, jak se mi zdá, mezera. Připustíme-li i, že právo nelze mysliti jinak, než jako součást světa, jenž býti má, nemůžeme z toho beze všeho vyvozovati, že by i věda těmito zvláštními předměty se zabývající, musila býti vybudována ve formách myšlení toho, co býti má. Weyr právě přehlíží rozdíl, jejž jsme nahoře vytkli pod 3. *a)* a *b)*. Je-li totiž norma jako forma myšlení toho, co býti má, konstitutivní kategorií práva, neplyne z toho ještě, že by musila též býti metodologickou formou právní vědy.

Ani o tom, v čem vlastně tkví smysl a cíl právní vědy, Weyr se nešíří. Jen příležitostně (str. 170.) se zmiňuje: „Právní teorie, která zabývá se zjišťováním (podobných) positivně právních vět, stává se již právní dogmatikou a opouští tím obor všeobecné právní theorie, zabývající se metodickými

základy poznávání práva vůbec, ne ovšem v tom smyslu, že výsledky této mohla by ignorovati. Tyto dva, tak podstatně se od sebe lišící obory — metodiku a dogmatiku — měla by právní teorie přesně rozeznávati." Srovnáme-li s tím, s jakou emfasí na jiných místech (na př. str. 138., 92., 101.) prohlašuje positivní právní řád za předmět právnického poznávání, vidíme, že Weyr sám tohoto rozdílu nedocenil. Neboť buď chci pěstovati vědu o formách (právního) myšlení a pak právě tyto formy jsou předmětem mého poznání, nebo mi jde o jiný předmět, jejž v těchto formách chápu a pak právě již nepěstuji ani noetiku ani konkrétní logiku, nýbrž buď exaktní nebo empirickou vědu o tomto předmětu. Tu se Weyerovi mstí právě ono nedostatečné rozlišování mezi konstitutivními kategoriemi zjevu a metodologickými formami vědy tímto zjevem se zabývající. Zde jej tato nejasnost vede do směšování problémů, jež nahoře jsme označili jako problém noetiky (ad 1.) a problém empirické vědy (ad 3.).

Nejosudnější však se mi zdá, že Weyr neuvážil dostatečně ani rozdílu mezi noetikou a vědou exaktní, tedy mezi problémy nahoře označenými ad 1. a ad 2.

To se jeví již v úvodě, kde chce charakterisovati svou právní filosofii na rozdíl od obecné teorie právní. (Terminologický nesouhlas v tomto směru mezi str. 7. a str. 170. je asi nedopatřením.) Tu velmi ostře odmítá jako nelogický pokus na př. obecné státovědy dojíti k obecnému pojmu státu srovnáním několika konkrétních států, z nichž vybéře pojmové znaky všem těmto konkrétním jednotkám společné a dodává: „jak možno za účelem zjištění pojmu „stát" srovnávati několik konkrétních států, když je pojem státu ještě neznám? Odkuď se dovím, že to, co srovnávám, jsou skutečně státy a jak mohu doufati, že takovým srovnáním dospěji k obecnému pojmu státu? Pojmu státu tedy nenajdeme srovnáním několika konkrétních jednotek, které se obyčejně (běžně, populárně) nazývají „státy"... Jaká jest tedy správná cesta? Jedině ta, která si uvědomuje noetické hledisko, se kterého chce poznávati. Problém zní pak: Jak dlužno konstruovati určitý pojem (v našem případě „stát"), aby konstrukce ta souhlasila se zvoleným noetickým hlediskem? Co bylo právě řečeno o pojmu státu, platí — pro noetiku práva — pro celou řadu jiných pojmů, jako jest povinnost, norma, právní osoba atd." [Str. 8.] K této myšlence vrací se pak Weyr i na jiných místech svého spisu (na str. 76., 179., 196., šíře str. 130.), tak že jí patrně přikládá zvláštní význam.

Jak známo používá podobné argumentace Stammler, aby obhájil svého apriorního pojmu práva. Právě proti Stammlerovi bylo však již, jak za to máme právem, namítnuto, že tato argumentace je nesprávná logicky, kdyby však i byla správná, nedokázala by toho, co dokázati má. Není totiž pravda, že k tomu, abych hledal indukcí pojem některého empirického zjevu, musím nejdříve tento pojem znáti. Každá věda, jež pracuje s pojmy z empirie získanými, postupuje tak, jak Weyr pokládá za nemožno postupovati, totiž, že vychází od hrubého, populárního smyslu daného slova a srovnáváním zjevů, které tímto slovem se označují, vyjasňuje postupně obsah i dosah naivní, v názvu skryté definice, až dojde k pojmu vědecky upotřebitelnému. Stejně, jako Strammler argumentuje o právu, Weyr o státu, mohlo by se říci, že i o rostlinách, živočiších, krojích, zvycích nemůžeme tvořiti indukcí vě-

deckých pojmů, poněvadž bychom dříve musili věděti, co máme vědecky těmito názvy označiti. Tvrdí-li tedy Stammler, že k pojmu práva, Weyr, že k pojmu státu nelze dojíti srovnáváním naivních myšlenkových výtvorů, obsažených v těchto slovech — v čem bychom Stammlerovi dali spíše za pravdu, než Weyrovi — chtějí tím patrně říci, že chtějí název práva a státu reservovati apriorním, na zkušenosti nezávislým, myšlenkovým výtvorům. To je konečně otázka terminologická, o níž je možno se dohodnouti. Jen přehlížejí Stammler i Weyr stejně, že takovýto apriorní, na zkušenosti nezávislý pojem nemůže nikdy býti nadřaděným pojmem empirických zjevů. Neboť k tomu bychom mu musili vedle logické nutnosti přiřknouti i jsoucnost, tedy musili bychom upadnouti do omylu ontologického důkazu existence, jejž právě mistr a vzor obou těchto auktorů, Kant, snad s konečnou platností vyvrátil. Tedy i kdyby pravdou bylo, že nelze k pojmu státu dojíti srovnáváním různých států, neplynulo by z toho, že tedy musíme nejdříve apriorně konstruovati pojem státu a podle něho rozeznávati stát od nestátu; vždyť onen apriorní pojem nikdy nemůže býti nadřaděným pojmem empirických států. Stammler i Weyr, používajíce této chybné argumentace, chtěli patrně vyjádřiti jinou myšlenku: totiž tu, že dříve, než utvořím jakýkoliv pojem, musím míti schopnost si jej utvořiti, totiž ovládati ony formy myšlení, jež tento pojem vyžaduje. Kdo by nedovedl prostorově chápati, nemohl by si utvořiti pojem stromu, poněvadž by právě nechápal jeho výšku, rozpětí jeho větví, atd. A stejně by nemohl tvořiti právnické pojmy — míní asi Strammler a Weyr — kdo by neovládal oněch zvláštních forem myšlení. jež právo předpokládá. Oba však, ač stejně rádi se dovolávají Kanta, nedomyslili jeho učení o tom, že duch lidský stejně, jako nemůže chápati skutečnosti bez forem myšlení, tak nemůže chápati forem myšlení, leda že je vyplní nějakým obsahem. Proto ony formy, jež, jak se Stammlerem a Weyrem předpokládáme, jsou nutné k právnickému chápání a jež ovšem jako formy myšlení jsou apriorní, na zkušenosti nezávislé, nelze mysliti bez obsahu.

Já mohu sice kritickou metodou, jaké na př. používá Kant ve svých Kritikách, uvědomiti si tuto složitost svých myšlenkových výtvorů, mohu v nich rozeznávati apriorní formu od obsahu skutečností daného, nemohu však mysliti tuto formu o sobě, nemohu tedy také vytvořiti její pojem. Mohu ovšem, jak jsme naznačili v předešlém oddíle této kritiky, si uvědomiti jednotlivé možnosti myšlení, v určité formě skryté. Tu však již přecházím z noetiky do oboru věd exaktních, poněvadž právě, abych takovéto myšlenky pojati mohl, musím formu myšlení vyplniti konvenčním obsahem. Tu však, nemám-li právě upadnouti do bludů ontologie, musím si býti vědom, že takto konstruované myšlenkové výtvory nemají nic společného se světem, v němž žijeme, než právě formu v níž je myslím. Tato forma je tedy jakýmsi koeficientem, jenž je stejně dán při exaktním myšlení, jako při tvoření empirických poznatků, a nemohu tedy tvrditi, že by se vyskytoval při nejvyšších abstrakcích v jakési vyšší míře, než při zcela individuálním empirickém zjevu. Jako musím mysliti prostorově, chci-li si představiti lípu, jež kvete před mým oknem, i chci-li vytvořiti pojem stromu, nebo pojem hmotné věci, tak, jsou-li skutečně zvláštní formy právního myšlení, musím těchto forem po-

užiti i rozhoduji-li se, mám-li platiti určitý dluh, i tvořím-li pojem obligace, nebo pojem práva. Nikdy však nemohu mysliti prostor o sobě, jako nemohu použiti forem právního myšlení o sobě. Ovšem ale mohu v geometrii, používaje právě forem prostorového myšlení, tvořiti určité konstrukce, jimiž jaksi isoluji vztahy právě pro prostorové chápání závažné; stejně je myslitelná exaktní právní věda, jež by chtěla stopovati možnosti myšlení v těchto zvláštních formách skryté, a mohu k tomu cíli tvořiti se Stammlerem exaktní pojem práva, s Weyrem exaktní pojem státu. Jen si musím býti vědom, že těmto konstrukcím nemůže odpovídati žádná skutečnost a nesmím tedy z těchto konstrukcí souditi na skutečnost. Tato věc vyžaduje podrobnějšího výkladu. Zde nám šlo jen o to, ukázati, že Weyr v dedukci právě citované směsuje úkol noetiky s úkolem exaktní vědy, při čemž ještě, nejsa si vědom zvláštností této vědy, přisuzuje jejím výtvorům povahu nejvyšších abstrakcí, k nimž indukcí lze dospěti.

3. Proti tvrzení, k němuž jsme v předešlém oddílu dospěli, že nelze z konstrukcí exaktních souditi na skutečnost, namítne se asi: vždyť i exaktní vědy tvoříme, abychom skutečnost myšlenkově ovládli; tak geometrie nám umožňuje, abychom změřili dané pole, aniž je musíme pokládati plošnými měrami, jen když známe určitá data, z nichž právě plochu lze vypočítati. Právě tento příklad však ukazuje, pokud mohu apriorní konstrukce přenášeti na skutečnost. Musím totiž skutečnost mysliti v oné formě myšlení, jejíž možnosti danou exaktní vědou jsem stopoval, a za druhé, musím abstrahovati ode všech jiných znaků onoho zjevu, mimo vztahy, které touto formou lze postihnouti, za třetí pak a hlavně, musím ony konstrukce exaktní přizpůsobiti skutečnosti, nikoliv naopak. Nemohu z toho, že jsem s to v geometrii vytvořiti kruh, souditi, že musí býti někde na světě pole, jehož hranice by tvořily kruh. Z konstrukcí exaktních tedy mohu souditi na určité relace skutečnosti, nemohu však souditi na jejich existenci. Tuto existenci mohu právě jen empirií zjistiti.

To nutno zdůrazniti, chceme-li oceniti učení Weyrovo o vztahu jeho normativního, pro právo (a právní vědu) charakteristického způsobu myšlení ke skutečnosti.

Weyr totiž, jak jsme viděli, staví proti chápání světa jaký jest, chápání světa, jaký má býti, a hájí mínění, že jen ve formách, v nichž chápeme svět, jaký má býti, je právo myslitelné. V tom s ním zcela souhlasíme, ač bychom si právě u přívržence Kantova byli přáli podrobnějšího výkladu tohoto podstatného rozšíření noetiky Kantovy.

Očekávali bychom nyní dvojí: buď že Weyr vyloživ nám ony zvláštní formy tohoto chápání podá nám vymezení konvenčního obsahu, jenž by umožňoval stopovati možnosti myšlení v těchto formách skryté, a že své učení vyvrcholí v jakousi exaktní na empirii nezávislou vědu právní, asi jako Stammler podává ve své Theorie der Rechtswissenschaft, nebo, že vyloživ zvláštní formy chápání a myšlení právnického nám řekne, odkud bráti empirický obsah, jímž bychom tyto formy vyplnili a podá pak výklad, jak vědecky tohoto obsahu se zmocniti, podá nám tedy svou všeobecnou právní theorii či methodiku, jak ji slibuje na str. 170.

Právě však, poněvadž nerozeznává problémy, jež v prvním oddíle jsme označili pod 2. a 3., zvláště však, poněvadž problém vědy exaktní mu uniká, splývají mu oba tyto úkoly.

Že si toho nepovšimnul, toho příčinu vidíme v tom, že následkem falešné představy o skutečnosti se mu zdá, že jakmile prohlásil, že předmětem právní vědy je svět, jaký má býti, zbavil se rozdílu mezi exaktní a empirickou vědou právní, poněvadž právě předpokládá, že právní věda nikdy nemá co činiti se světem, jaký je. Zapomíná, což u Kantovce překvapuje, že svět, jaký je, svět chápaný kausálně, není identický se skutečností, nýbrž, že jest to jen jeden z myslitelných aspektů skutečnosti, totiž skutečnost myšlenkově zpracovaná ve formách kausálního chápání. Tvrdí-li tedy, jak za to máme, správně, že můžeme chápati i svět, jaký má býti, vznikla mu povinnost, doplniti v tom Kanta, totiž postaviti vedle zkušenosti kausální zkušenost normativní. Místo toho právě ztotožněním skutečnosti se světem, jaký jest, totiž jakým se nám jeví pod vládou kausálního zákona (a nikoliv jakým se nám jeví pod vládou ideálu dobra, toho, co býti má), dospěl k úsudku logicky vadnému: právní věda nezabývá se světem, jaký jest; exaktní věda nezabývá se světem jaký jest: tedy: právní věda je myslitelná jen jako věda exaktní. Zapomněl, že důvod, proč poznatky exaktních věd nelze verifikovati zkušeností, jsou zcela jiné, než ony, proč to, co býti má, nelze vyvozovati z toho, co jest. Důvod tkví při vědách exaktních v tom, že tu vědomě nahražujeme empirický obsah obsahem konvenčním, kdežto při vědách normativních není nikterak vyloučeno, abychom ve formách pro tyto vědy charakteristických, totiž ve formách normy myslili skutečnost, v níž žijeme. Weyr právě přehlíží, že staví-li normativní chápání proti chápání kausálnímu, hájí možnosti jiných kostitutivních kategorií skutečnosti a ne jen možnost jiných metodologických forem vědy, a dále přehlíží, že různost mezi exaktními a empirickými vědami není nutně různost v metodologických formách (máme vedle teoretické fysiky i fysiku experimentální). Z toho tedy, že právní věda má jiné předpoklady, jiné metodologické formy, než na př. věda přírodní, neplyne, že by to musila býti věda exaktní.

Ovšem setkáváme se zde s mnohem většími obtížemi, než v metodologii na př. přírodních věd, a to hlavně pro naprostý nedostatek terminologie. Následkem toho jsme nuceni poznatky noetické i konstrukce exaktní označovati názvy vzatými z empirických poznatků a tím snadno upadáme do omylů. To je ovšem tím snažší, nejsme-li si předem rozdílů, o něž tu jde, jasně vědomi.

Tak je u Weyra zvláště pramenem stálých nejasností jeho termín „norma" a „stát".

4. Normu definuje Weyr jako „výraz něčeho, co má býti", a zdůrazňuje, že „vše možné lze si představiti v zorném úhlu normativity" a že „formálně, logickým předpokladem možnosti tohoto představování jest právě pojem normy v uvedeném smyslu" (str. 18.). Proti tomuto názoru nedalo by se ničeho namítati, kdyby Weyr byl místo slova „pojem" použil slova „forma", poněvadž patrně smysl tohoto tvrzení jest, že normativní myšlení předpokládá zvláštní formy myšlení. Mohu míti velmi jasný pojem normy — pokud je

to při noetických představách možno — dokud právě nepoužiji formy, již tímto pojmem si znázorňuji, nemyslím normativně, stejně, jako prostorové myšlení mně neumožňuje pojem prostoru, nýbrž duševní činnost, na niž se tento pojem vztahuje.

Že tato záměna slov není nahodilá, vysvitne nám ihned, všimneme-li si paralely, již konstruuje Weyr mezi myšlením kausálním a normativním:

Praví totiž:

„Základní pomůcku pro nazírání na svět, jaký jest, tvoří forma kausálního zákona, který praví: vše, co jest, musí míti příčinu, že jest, jaké jest Proto možno nazvati celé toto nazírání nazíráním kausálním. Jím chápeme veškeré změny nastalé a nastávající ve světě, „jaký jest". On ovšem předpokládá již tento svět jakožto věčnou materii, jinými slovy: vztahuje se toliko na změny (děje) v něm, nemůže však vysvětliti jeho existence ve smyslu něčeho z ničeho . . . Nazírání kausální má tudíž — pro přirozený nedostatek kausálního zákona s nekonečným řetězem příčin a účinků — jeden nutný předpoklad: existenci materie, a to existenci bez začátku a bez konce, tedy věčnou. Zkoumáme-li nyní noetické předpoklady nazírání druhého (t. j. na svět, jaký má býti), shledáváme, co se týče jeho předpokladu, základní formální paralelitu: i toto nazírání má nutný předpoklad, bez něhož je nemyslitelno, a který immanentní methodou (?) tohoto nazírání vysvětliti nelze. Tímto předpokladem je existence normy v nejširším smyslu toho slova". (str. 17.)

Zdá se mi, že nesprávná konstrukce této paralely bije do očí: je norma analogon kausálního zákona, nebo je analogon hmoty? A je regres od normy k normě analogon regresu od poslední příčiny ke vzdálenější, až bychom došli k otázce po (časově) první příčině, nebo je spíše analogon regresu od speciálního případu ke kausálním zákonům stále abstraktnějším, až bychom dospěli ke kausálnímu zákonu všechno dění vysvětlujícímu? Pro nás však nejzávažnější je tu třetí nedostatek této paralely: že totiž Weyr mluvě o kausálním zákonu je si dobře vědom, že tento zákon jako formu myšlení nelze mysliti bez obsahu (hmoty podle Weyra, což není zcela správno, poněvadž můžeme stopovati i kausální zákon v žití psychickém), kdežto jakmile přejde do úvah normativních, mu tento požadavek mizí (srv. str. 19.). Dvojí smysl slova „norma" je patrnou příčinou všech těchto poklesků. Poněvadž máme tentýž výraz pro formu myšlení i pro výsek skutečnosti v této formě myšlený, ano podle Weyra i pro libovolnou konstrukci v této formě pořízenou, přehlíží Weyr, že tu jde o trojí myšlenkový obsah, jejž právě v úvaze metodologické dlužno přesně rozlišovati. Nerozlišujeme-li, pak právě může nám norma býti současně i formou myšlení (analogon kausálního zákona), i tím, co v této formě myslíme (analogon hmoty) a regres v rovině skutečného dění nám splývá s regresem logickým.

Právě však, že tím Weyr si neuvědomuje nutnost objasniti předmět, o němž ve formě normy něco vypovídáme, nechává nás jeho definice normy zcela bezradnými před otázkami, jako jest tato: je právnicky myslitelná norma: všichni lidé mají býti 3 m velcí? Zde přece máme také výraz něčeho, co býti má, tedy jest zde forma normy, ale o obsahu řekneme, že právě jako norma je nemyslitelný (je myslitelný jako přání, jako výtvor básnický a pod.) stejně

jako bychom neuznali za kausální zákon větu: kámen, jejž vypustím z ruky, padne na měsíc, ač nepochybně i zde jsem použil formy kausálního zákona.

5. K pojmu státu dochází Weyr tam, kde si klade otázku po rozdílu mezi normou právní a jinými normami, na př. ethickými. Pokládá věcí tak samozřejmou, že i rozdíl mezi poznatky právnickými a poznatky jiných věd normativních musí býti apriorní, musí ležeti ve formách myšlení, že se nezdržuje při této podle našeho mínění pro zvláštní nauku o poznávání právnickém rozhodné otázce.

Myšlenkový postup, jímž na této cestě dospívá Weyr k pojmu státu, jest asi tento: Východiskem jest mu i tu pojem (ne tedy již forma) normy, o níž učí: „Ačkoliv není pochyby, že lidský intelekt může si zcela jasně představiti „normu“ v onom nejabstraktnějším smyslu, kteroužto představu lze tudíž snad nazvati obecně představou „normativity“, jest na druhé straně nepopiratelnou vlastností intelektu, že s každou normativní představou může spojiti představu určitého subjektu normy (t. j. jejího původce) a subjektu povinnosti (t. j. toho, komu norma svědčí), z oné normy prýštící. Tím stává se nejen představa určité normy konkrétnější, nýbrž i její objekt, t. j. to, co má býti“ [str. 19.]. Nehledíme-li k tomu, že popíráme možnost představiti si „normu v onom nejabstraktnějším smyslu“, pokud bychom tím mínili onu formu myšlení, jež umožňuje normativní myšlení, můžeme s tímto názorem souhlasiti. Se svého stanoviska ovšem bychom spíše, než onoho ne zcela jasného lidského intelektu se byli dovolali požadavků exaktní vědy, jež nemohouc se spokojiti pouhou formou (normativního) myšlení, musí tuto formu vyplniti konvenčním obsahem, a byli bychom se pokusili o důkaz, proč pro stopování oněch (myšlenkových) vztahů, o něž v právní vědě jde, je nezbytno, použiti jako jakéhosi druhu právnické jednotky, bodu, atomu právě konvenční představy subjektu normy a subjektu povinnosti. Ve formulaci Weyrově příliš do popředí se tlačí gramatická stránka věci (možnost gramaticky vyjádřiti normu imperativem, tedy bez subjektu), jež nepřesvědčuje. Než to by mohl býti také pouhý rozdíl ve formulaci. Také následující krok můžeme ještě učiniti ve stopách Weyrových. Weyr totiž, ovšem opět odvolávaje se na famosní lidský intelekt, hájí možnosti splynutí těchto dvou subjektů: „Jest vlastností intelektu, že může si představiti splynutí dvou subjektů (činitelů) v jedné osobě (subjektu). Splynouti může především subjekt normy se subjektem povinnosti, čímž povstává obecně to, co nazýváme autonomií. V opačném případě mluvíme o heteronomii“ [str. 19.]. V naší terminologii bychom tuto myšlenku vyjádřili asi tak, že jsou myslitelné dvojí exaktní vědy normativní, z nichž jedny pracují se supposicí jediného subjektu, druhé se supposicí dvou subjektů jsoucích k sobě v onom zvláštním poměru, jaký Weyr předpokládá. Tím by tuším poměr mezi autonomními a heteronomními vědami normativními byl metodologicky řešen jasněji; byl by mezi nimi asi podobný poměr jako v rámci prostorového chápání mezi geometrií plošnou a geometrií třírozměrnou.

Kdo by očekával, že Weyr (jemuž jde o formální rozlišení etické normy od normy právní a jenž učí, že etická norma jest nutně autonomní, právní heteronomní), se spokojí s tímto rozlišením, značně by se zklamal. Weyr totiž náhle navazuje na jednotlivé úryvky z Kantovy a Schopenhauerovy

filosofie, hledá rozdíl zcela jinde. Praví totiž: „Jednotící element při konstrukci etického souboru normového nemůže býti totožnost normového subjektu (formální element), nýbrž určitá indentita obsahu norem (materielní element), t. j. důvod poznání, že určitá norma patří do etického souboru normového, jest jedině skutečnost, že tam obsahově patří. Normy etické souvisí tudíž spolu (t. j. tvoří jednotný soubor normový) obsahově." (Str. 46.). Naproti tomu ze „všeobecně uznaného úsudku, že každá norma bez ohledu na její obsah může býti právní" (str. 47.) vyvozuje, že veškeré normy, jichž normovým subjektem si představujeme jednotný subjekt, který nazýváme stát, jmenujeme normami právními (str. 52.). „Logickým předpokladem, abychom vůbec mohli nějakou normu chápati jako právní, jest tudíž pojem státu jakožto abstrakta, t. j. jednotný normový subjekt; logickým předpokladem, abychom vůbec mohli nějakou normu chápati jako mravní, jest uznání určité nejvyšší normy (principu etického), která skytá měřítko pro klassifikaci jednotlivých norem jako mravně relevantních a tudíž i jednotlivých činů. Metodickým předpokladem obou konstrukcí jest pak všeobecné hledisko normativní, se kterým pohlíželi jsme na obě discipliny" (str. 54.).

Pomíjíme, že toto třídění není logicky bezvadné, poněvadž nelze znaky, jimiž obě skupiny se odlišují, podříditi společnému pojmu nadřaděnému, následkem čehož je, že obě třídy se nevylučují, nýbrž prostupují. Toho jest si Weyr vědom (str. 51.) a chce tím patrně vyjádřiti, že může i norma etická býti normou právní, když „vše možné může býti obsahem právní normy" (tamtéž). Vážnější jest, že důvod, který podle Weyra vylučuje možnost obsahové charakteristiky právní normy, platí podle našeho mínění stejně i pro normy mravní. Neboť odkud ví Weyr, že „vše možné může býti obsahem právní normy?" Jistě z empirie, ze srovnavací pravovědy a z dějin, jež jej poučily, že to, co je právní normou zde a nyní, nemusí býti právní normou jinde a jindy. Totéž však platí i o normách etických. To ovšem není důvodem, proč bychom jeho definici etických norem měli pokládati za nemožnou. Chybné jest jen, domnívá-li se Weyr, že tyto normy charakterisuje obsahově. Právě naopak jeho definici etické normy možno rozuměti jen tak, že vše možné může býti obsahem etické normy, předpokládaje jen, že normy takto utvořené vyplývají z jednotného nějakého principu. Tím by bylo řečeno, že Weyr nechce nazývati etickými normami zvyky, na př. primitivních národů, jež diktovány jsou různorodými tradicemi, pověrami atd., nýbrž že o etice chce mluviti teprve na tom stupni vývoje, kdy myslící duch lidský tyto normy spial v jednotnou myšlenkovou soustavu tím, že je podřídil jediné vůdčí normě. Etické normy tedy neliší se od jiných svým obsahem, nýbrž formální vlastností, že jsou součástkami jednotného systému myšlenkového.

Tuto konstrukci, jak řečeno, pokládáme za možnou; chtěl-li však Weyr odlišiti etické normy od právních, nesmí k charakteristice právní normy používati téhož znaku. Neboť, co znamená, že při právních normách normovým subjektem si představujeme jednotný subjekt, který nazýváme státem? Tento stát přece právě podle Weyra není ten neb onen konkrétní stát, nýbrž stát je tu míněn jako abstraktum (str. 54.), jako regulativní princip (str. 196.), který si uměle konstruujeme jako pomůcku, kterou chápeme určité normy jako jednotný normový soubor (str. 82.), který tedy není, než „výrazem ur-

čité jednotnosti norem“ (tamtéž), než „pomocnou představou pro toho, kdo tento řád chce chápati jako jednotný soubor normový“ (str. 83.). O tomto jednotném souboru normovém pak učí, že jest to „takový soubor (komplex) norem, které souvisí spolu tak, že jest logicky vyloučeno, aby jedna norma odporovala (obsahově) druhé“ (str. 81.). Učí-li Weyr dále: „Princip, který tuto souvislost či jednotnost norem přivoditi může, může býti dvojí: buď je to jednotnost subjektu normy, kterážto jednotnost vylučuje současně existenci dvou nebo více norem od téhož subjektu pocházejících, které by si vzájemně odporovaly (jest logickou nemožností představiti si subjekt normy, chtějící současně, aby bylo A a non A) — nebo jest určitý materielní princip, jenž veškeré normy, vyslovující jej (třeba v různých variantách) slučuje v jednotný soubor normový“ (str. 81.). — učí-li tomu Weyr, konstruuje rozpor, kde žádného rozporu není. Že daný subjekt nemůže současně chtíti A i non A, jest jen potud pravdou, pokud si představujeme subjekt rozumně, t. j. logicky myslící. Jest právě vlastností logického myšlení, že myšlenkové obsahy slučuje ve vyšší jednotky, aby uhájil jednotnost vědomí vyloučením odporů. Prostředkem k tomu pak je, že se nespokojuje vněmy, jež mohou býti mylné, nýbrž že je slučuje ve vyšší pojmy a zákony se stálou tendencí vyvrcholiti tuto logickou stavbu jediným nejvyšším pojmem neb zákonem. Totéž platí pak ovšem i pro logické myšlení normativní. I tu je apriorním požadavkem jednotnosti myšlení nespokojiti se nahodilými (nerozumnými) choutkami, náladami, vášněmi, jež mohou býti protichůdné, nýbrž zdisciplinovati chtění tím, že jednotlivá „to býti má“, slučujeme ve vyšší normy s tendencí podříditi celé chtění jedinému principu. Zdánlivý rozdíl mezi jednotícím principem norem mravních a právních spočívá jen v různé formě, jak vyjádřiti lze tutéž myšlenku, totiž požadavek jednotnosti myšlení. (Podle definice Weyrovy by byl zcela dobře myslitelný etický systém vybudovaný na principu: „buď poslušen státu“ — jako jednotný systém právní, v němž žádná norma by neodporovala vůli státu: „miluj svého bližního jako sebe sama“.) Nejde tu tedy o dva principy sjednocující, nýbrž o princip jediný, jenž ještě k tomu není zvláštností normativního myšlení, nýbrž uplatňuje se v myšlení vůbec. Vidí-li tedy Weyr v požadavku redukce norem na jediný subjekt — stát — charakteristikon myšlení právně vědeckého, nutno důraz klásti na slovo „vědeckého“; nejde tu o charakteristikon právního, ani o charakteristikon normativního, nýbrž o charakteristikon vědeckého myšlení. Rozdíl mezi jednotlivými obory vědními není právě v této snaze po sjednocení, nýbrž ve způsobu, jak sjednocujeme. A tu se nám zdá, že Weyr, jako při etice se domnívá mylně, že sjednocuje obsahově, tak se klame, domnívá-li se, že právní normy sjednocuje po stránce formální. Neboť jediný rozdíl, který bychom po jeho výkladech mohli činiti mezi etickými a právními normami by byl, že právní normy jsou onen druh etických norem, při nichž nejvyšším principem je poslušnost proti státu. Kdyby byl Weyr chtěl nalézti formální princip sjednocující na jedné straně mravní, na druhé právní normy, mohl velmi plodně zase použiti analogie z chápání kausálního. I tam se uplatňuje tatáž snaha po sjednocení, jen že principem jednotícím je ideál přírody jako myšlenkové jednotky zákony kausality spjaté. Podobně i v etice i v právní vědě anticipujeme postulovanou myšlenkovou

jednotu, a to v etice v ideálu charakteru, v právní vědě v ideálu spravedlnosti. Než tyto otázky Weyr zcela pominul, tak že jeho systém právní filosofie je snad prvni, v němž o spravedlnosti se neděje zmínky. Nepozastavovali bychom se nad tím, kdyby Weyrův systém byl skutečně důsledně exaktní. Neboť jest myslitelný smysl slova spravedlnosti, jejž na normativní poznatky exaktní nelze aplikovati stejně, jako na exaktní poznatky kausální určitý smysl slova pravdivosti. V exaktních vědách totiž se požadavek spravedlnosti stejně jako požadavek pravdivosti zcela rozplývá v požadavku logické správnosti.

Avšak musíme se o tomto nedostatku zmíniti proto, že jeho příčinou u Weyra není exaktní ráz jeho pouček, nýbrž — mnohoznačnost slova „stát“ jehož užívá k označení principu umožňujícího jednotné chápání právních norem. Ačkoliv na místech nahoře citovaných zdůrazňuje formální, řekli bychom raději exaktní ráz tohoto pojmu, přece se neubrání tomu, aby s názvem mu do jeho systemu nevklouzly i materiální znaky, jež spojujeme se státem jako empirickým zjevem. Přechod z roviny exaktního myšlení do roviny myšlení empirického mu usnadňuje ona chybně konstruovaná paralela mezi regresem kausálním a normativním, kterou v předešlém oddíle jsme vytkli.

Tam, kde jedná o konstrukci právního řádu, po nejdůraznějším prohlášení, že jeho pojem státu, totiž „konstrukce subjektu normy, není pomůckou k poznání vzniku norem, nýbrž toliko výrazem určité jednotnosti jejich“ (str. 82), náhle nás překvapuje slavnostním prohlášením, že „stanovisko zde zastávané jest kredem t. zv. positivismu (ovšem co nejkrajnějšího)“ [str. 88.]. Jest to asi poprvé, kdy propagátor apriorní konstrukce nejzákladnějších právních pojmů (v. str. 8., str. 195, kde praví: „ukázali jsme, že definice abstraktních pojmů“ [má býti exaktních] „t. j. pojmů, jichž předmětem jsou abstrakce, jako „stát“, „nárok“, „povinnosti“ atd. nelze nijak co do jejich empirické správnosti verifikovati zkušeností“) se téměř tímtéž dechem prohlašuje za zastance positivismu s dodatkem: ovšem co nejkrajnějšího.

V čem tedy spočívá toto stanovisko positivismu ovšem co nejkrajnějšího? Weyr je vykládá takto: „Předmětem právní vědy jsou toliko normy, které představujeme si jako plynoucí z jednotného subjektu normového: státu. Při tom vzdává se možnosti uvnitř svého normativního obzoru prokázati jiný důvod závaznosti právních norem, ježto jejich závaznost předpokládá, právě tak jako předpokládá pomyslný jich subjekt (stát)“ (str. 89.). Tato teorie „předpokládá bytí právního řádu jakožto normového souboru, prýštícího z jednotného subjektu normového: státu. Kde jest zjištěno, že určitá norma prýští z tohoto subjektu (což ovšem zjistiti se dá toliko na základě postulovaného právního řádu), jest norma nalezena“ (str. 92.). K tomu pak dodává: „Jest jasno, že pojem právního pramene, jak jej tyto nauky užívají, spadá v jedno s naším pojmem „normového subjektu“.“ (str. 92.).

Zdá se mi, že k tomuto tvrzení došel Weyr jen tím, že pozapomněl, co sám učí, že jeho stát je jen „pomocná představa pro toho, kdo právní řád chce chápati jako jednotný soubor“ [str. 83.]; „každá norma, jejíž subjektem konstruujeme stát, jest proto a jen proto právní“ (str. 160.); „a dobře dlužno si uvědomiti, že pojem normového subjektu značí nám toliko jakýsi

regulativní princip pro nazírání resp. poznávání normativní, a že nelze si tedy vztah mezi ním a normovým souborem představovati kausálně, t. j. normový subjekt jako příčinu a normu jako účinek její" [str. 176].

Zde vidím patrný rozpor: Buď normy „prýští" ze státu [str. 92.] a fakt, že tomu tak jest, mohu zjistiti na základě positivního právního řádu (tamtéž), nebo je stát jen logickou pomůckou, a vztah mezi ním a normou není „prýštěním" nýbrž logickou konstrukcí (str. 160.). Obojí nemůže vedle sebe platiti, leda ovšem pěstujeme-li jednou vědu exaktní, po druhé vědu empirickou. Jak však mohlo u auktora kapacity Weyrovy dojíti v metodologickém spise k tomuto přemetu z jedné roviny do druhé?

Vysvětlení nacházím právě ve Weyrově učení o parelelitě kausálního a normativního myšlení, jak je podává v oddílu o důvodu platnosti (závaznosti) právního řádu. Tam praví: „Snaha po poznání posledního důvodu závaznosti právních norem a právního řádu vůbec jest lidskému intelektu tak přirozenou, jako na př. touha poznati poslední příčinu všeho vnějšího světa. Jen ten, kdo uvědomí si hranice kausálního poznávání, ustane od pátrání po takovéto poslední příčině, ježto sezná, že sám pojem „poslední příčiny" jest absurdní, t. j. příčí se samému zákonu kausálnímu" (správně: formě kasálního myšlení).... „Zcela podobně jako kausální zákon" (opět má býti „forma"), „pohání lidský intelekt od nejbližší příčiny k další a nejvzdálenější, žene normativní hledisko týž intelekt od nejbližšího důvodu závaznosti určité normy k dalším důvodům." (Příklad: zákaz starostův práskati bičem — obecní řád — ústavní norma.) „Ptám-li se pak, proč právě tato norma jest závazná a ně jiná, nenajdu z normativního hlediska žádného dalšího vysvětlení. Mohu tedy pouze říci: Předpokládaje závaznost této poslední normy (sc. ústavní) jest i norma o zákazu práskání bičem závaznou. Dojdu tedy k jakémusi nejvyššímu subjektu normovému, o němž prostě předpokládám, že normy jím vydané jsou závazné. Každé další dotazování se, proč tento předpoklad platí, nemá s hlediska normativního žádného smyslu. Východisko noetické (?) jest zde tedy jaksi libovolné, jeho správnost nedokazatelná" (str. 84.).

Tuto argumentaci pokládám z několika důvodů za vadnou. Především se zde mstí ona nesprávně konstruovaná paralela, o níž jsme již nahoře jednali. „Poslední příčina", jíž bychom logicky mohli srovnávati s ústavní normou jako s „poslední normou" není metafysická nějaká první příčina všeho bytí (na př. rozkaz: budiž světlo!), nýbrž jest to nejvyšší abstrakce, k níž v dané době věda dospěla konstruujíc přírodní zákony. Tato nejvyšší abstrakce nemá však do sebe ničeho metafysického. Je to stejně o empirii se opírající a tedy podmíněný poznatek o tom, co jest, jako kterýkoliv stupeň konkrétnější formulace přírodního zákona. Chybou je tedy, srovnává-li Weyr nejvyšší normu s metafysickou první příčinou. Přehlíží, že hledaje v normativních vědách odpověď na otázku „proč?", postupuje stejně logickým a nikoliv historickým řetězem, jako přírodozpytec, jenž na otázku „proč?" odpovídá logicky nadřaděným zákonem přírodním, nikoliv dějem, jenž historicky předchází tomu, jejž chce vysvětliti. Na tomto postupu od konkrétního zjevu k stále abstraktnějším myšlenkovým výtvorům zastavuje se ovšem každá věda podle svých cílů u abstrakce určitého stupně, totiž

u té, jež jí logicky vysvětluje zjevy určité právě pozorované skupiny. To je asi smysl Weyrova učení, že pro právnickou úvahu z pravidla stačí, dospěje-li ve svých abstrakcích až k ústavnímu zákonu, jímž vysvětlí platnost zákona, jako jehož aplikace se jeví konkretní norma vydaná určitým orgánem státním. Omyl Weyrův spočívá v tom, že tuto praktickou mez právní vědy pokládá za mez normativního chápání a prohlašuje každou další úvahu za „metanormativní". K tomuto tvrzení jej právě svádí častěji vytýkaná záměna formy normativního myslení s empirickou normou zákonnou. Přehlíží, že onen zákaz obecního starosty stejně jako ustanovení ústavního zákona o moci zákonodárné jsou nemyslitelné bez formy normativního myslení, že tedy tato forma je jakýmsi nezměnitelným koeficientem při všech, konkrétnějších i abstraktnějších myšlenkových útvarech této skupiny. Že tedy, vidí-li závaznost konkrétní normy v jejím logickém poměru k nadřaděné normě, vysvětluje-li tedy platnost normy jako logickou myšlenkovou nutnost, není pramen závaznosti nevyšší normy jiný, než normy nejnižší, jen že ovšem, vysvětlujíce daný právní řád daného státu, úmyslně se zastavujeme u ústavního zákona, poněvadž podle přesvědčení Weyrova stačí k vysvětlení všech státních norem. Není tedy pravda, že by důvod platnosti ústavního zákona byl jiný, než důvod platnosti zákazu starostova. Právě vidím-li platnost právní normy v její logické závaznosti a nikoliv v moci, jež jí po případě vynucuje — v čem zcela souhlasím s Weyrem — jest zcela neodůvodněno viděti v ústavním zákoně jakési nadsmyslné zjevení; nic nám nebrání, abychom zkoumali ještě vyšší abstrakce.

Proti tomu je právě se stanoviska Weyrova na snadě námitka: Jdeme-li dále, pak právě již nepěstujeme právní vědu, poněvadž předpokládáme, že právní jsou jen ty normy, jako jejichž subjekt si můžeme mysliti stát. Ale právě Weyr to byl, jenž správně opětovně varoval před záměnou jeho státu s konkrétním státem. Je-li „stát" v jeho smyslu jen pomůcka k jednotnému myšlení právních norem, pak mohu kterýkoliv výsek norem kolem takového pomyslného centra sloučiti a jednati stejně o právu určité obce, jako o právu všeho lidstva, k němuž pak i ústavní právo daného státu je v poměru logické podřaděnosti.

Podobně, jako v otázce platnosti práva selhává podle našeho mínění filosofie Weyrova v otázce mezer právních. Zdá se mi, že Weyr dosahu tohoto problému si není dostatečně vědom. Aspoň formuluje-li problém v otázce: „Jakou cestou možno zjistiti, že existují právní normy praeter legem?" (str. 93.) zaměňuje patrně otázku po mezerách v právu za otázku po mezerách v zákoně. A odpovídá-li si na tuto otázku slovy: „jedině methodicky chybným úsudkem, že z toho, že něco „jest", resp. se zachovává, plyne, že tento stav má se též zachovávati", reprodukuje učení obhájců „mezer v právu" velmi nedokonale. Uznáváme-li, jak činil na př. Bergbohm, a jak činí i Weyr jen zákonné normy za normy právní, pak ovšem otázka po mezerách v právu nemá smyslu. Ale právě z filosofie Weyrovy by plynulo něco jiného, než toto pohodlné ztotožňování práva se zákonem. Ke ztotožnění práva se zákonem totiž dochází Weyr jen osudnou logickou chybou, záměnou státu jako regulativního principu za stát-zákonodárce. Držíme-li se prvého učení, že totiž stát pro právní vědu je jen myšlenkovou pomůckou k jednotnému

myšlení právních norem, pak plyne z toho, co též Weyr na jiných místech prohlašuje, že jest nesčetný počet právních norem i mimo zákony (na př. str. 108. 112. 113.). Problém mezer v právu netýká se pak vůbec otázky, zda to co jest, má býti, nýbrž týká se jen otázky, za jakých podmínek možno normy, jež nejsou v zákonech výslovně formulovány, pokládati za normy právní. To jest onen základní problém, jehož řešení bychom byli právě od Weyra čekali, a na nějž by byl musil odpověděti, kdyby své učení o formální povaze pojmu „stát" byl domyslil. Zněl by tu tento problém pak: za jakých podmínek můžeme libovolnou normu imputovati státu jako normovému subjektu. Této otázce se právě Weyr vyhnul tím, že tento logický vztah státu jako regulativního principu k normě zaměnil za kausální vztah zákonodárce k zákonu, a proto problém mezer v právu neřeší, nýbrž obchází.

6. Již v právě předcházejících výkladech o Weyrově pojmu státu nemohli jsme pominouti stránky věci, na niž nyní chceme podrobněji upozorniti. Následkem metodické vadnosti jeho pojmu normy (záměny formy myšlení s pojmem v této formě myšleným) a pojmu státu (záměny regulativního principu vědeckého myšlení s historickým původcem právní normy) jest, že z premis čistě idealistických dospívá k závěru čistě positivistickému: právo mu splývá s positivním zákonem, posledním rozhodčím o tom, zda daná norma jest právní, jest ústavní zákon. Tento přemet z roviny exaktního myšlení do roviny myšlení empirického neobešel se ovšem bez nedůslednosti. Tak učí: „Totéž, co o vládních nařízeních, platí o všech normách, na kterých podle právního řádu platně mohou se usnášeti různé korporace, jako jsou obce, okresy, soukromé spolky atd. Veškeré tyto normy jsou součástí jednotného právního řádu jen potud, pokud odvozujeme jejich platnost od jednotného normového subjektu, i. e. státu" (str. 108/109.); tu tedy nazývá myšlenkové výtvory o tom, co býti má, normami bez ohledu na jejich původce, a sice normami právními potud, „pokud odvozujeme jejich platnost od jednotného normového subjektu i. e. státu." Co si však máme mysliti slovem „odvozovati"? Vysvětlení nám podává tento výklad: „Chceme-li ponechati běžný názor o mnohosti normových subjektů uvnitř jednotného právního řádu v platnosti — kterémužto názoru jeví se pak na př. každý soukromný spolek, unášející se na normách (stanovách), každý úřad, vydávající v mezích své kompetence „nařízení", každý továrník, stanovící „pracovní řád" pro své dělníky atd. normovým subjektem, — pak musíme si uvědomiti, že existence (platnost) takových podružných normových souborů není samostatným zdrojem vzniku práv a povinností, nýbrž existence takové normy není pro souverénní řád nic jiného, než část skutkové podstaty, na niž víže vznik právních povinností" (str. 113.) (srv. i str. 199. a 204.). Tu je patrno, že týž myšlenkový výtvor může býti i normou i skutkovou podstatou. V tom by ještě nebyl odpor, naopak, mohl právě tento poznatek Weyra uvésti na správnou cestu. Znamenáť toto učení prostě, že chci-li jakoukoliv skutečnost učiniti předmětem úvahy právní, musím ji vpraviti do formy myšlení normativního, tak že také to, co nazýváme skutkovou podstatou, nekryje se s přírodovědnou zkušeností, nýbrž jest to skutečnost myšlená v řetěze toho, co býti má. Úmrtí nás tu nezajímá, jako přerušení určitých fysiologických funkcí, nýbrž jako možnost určitým způsobem jednati a právní otázkou je pak,

které z možných jednání je správné. Co však Weyr přehliží a v čem vidíme odpor, jest, že tato logická zásada platí nejen o konkrétních zjevech, nýbrž i o abstrakcích, o nichž z pravidla jednají zákony. I tu musím formu normy vyplniti nějakým obsahem a tento obsah béřu více méně dokonalou abstrakcí z konkrétních skutkových podstat. Praví-li tedy Weyr: „noetický požadavek, ohraničiti přesně pojem „normy" od pojmu „skutkové podstaty", vyžaduje toho, aby za právní normu byly pokládány jen takové normy, jejichž normatitvní závaznost (platnost) nelze odvozovati od závaznosti jiných norem; takovými normami jsou — dle konstitučního principu — „zákony" a tím ohraničen též pojem právního řádu" (str. 204.) — nedoceňuje zase vlastních svých poznatků o formálním rázu normy. Neboť, je-li norma analogon forem kausálního myšlení, nemohu ji odlišiti od skutkové podstaty abstrakcí, nýbrž toliko kritickým rozborem, poněvadž tato forma jest, jak jsme ukázali, koeficientem, který působí stejně při tvorbě konkrétního i sebe abstraktnějšího myšlenkového obsahu. Právě jen ztotožnění této formy s obsahem v této formě myšleným a ztotožnění požadavku jednotného myšlení se státem budí zdání, jako by normy státem vydané byly logicky něco jiného, než kterékoliv jiné „to býti má".

Proti tomu ovšem by bylo možno se stanoviska Weyrova namítnouti: Rozlišení norem, jako jejichž subjekt konstruujeme stát od jiných a označení jich jako norem právních je ovšem pouhou konvencí; kdo nechce na tuto konvenci přistoupiti, s tím, by další debata byla zbytečná, stejně, jako s tím, kdo by nechtěl poznatky na přírodu se vztahující nazývati poznatky přírodovědnými. Věc však má tu přece jen hlubši pozadí. Totiž otázku, co máme rozuměti tím „konstruováním" státu jako normového subjektu. Toto „konstruování" je součástí poznávací činnosti normativní a nelze je nahraditi — nechceme-li přejíti z noetiky idealistické, již Weyr hlásá, do nejpritivnějšího materialismu — vlastností poznávaného předmětu, tedy obsahem poznáváme normy. Zda normu mohu mysliti jako vycházející od státu, nemůže mi říci ani ústavní, ani jiný zákon, nýbrž toliko požadavek jednotného myšlení, jenž za konstrukcí státu se skrývá. Přehlíží-li to Weyr, dopouští se téže chyby, jako materialističtí myslitelé vidící v kausální souvislosti sílu, jež by byla immanentní zjevům, a již empirií by bylo lze dokázati nebo vyvrátiti.

K jakým důsledkům tento logický omyl Weyra vede, je nejlépe patrno z tohoto zvláštního učení: „Za předpokladu jednotného normového souboru — a tento předpoklad je nevyhnutelný, mají-li jednotlivé normy býti navzájem vůbec v nějaké normativní relaci — dlužno obsah všeho, co si představujeme tak, že „má býti", přičísti jednotnému subjektu normovému, ježto tím jedině zachráněno jest východisko konstrukce (jednotný normový soubor)." Až potud můžeme učení Weyrovo akceptovati jako snad méně šťastný výraz apriorního požadavku jednotnosti vědeckého myšlení. Weyr však pokračuje: „Pro toto řešení problému pramenového jest nerozhodno, zda-li zjištěný obsah normativní v normě „skutečně" jest, t. j. zda-li norma správně či nesprávně byla interpretována. Formálně musí platiti každý zjištěný obsah normy — třeba bylo jich od různých pozorovatelů zjištěno několik různých — jako chtěný subjektem normovým" (str. 96.). Kdyby tato věta skutečně nevyplývala z Weyrovy filosofie, byli bychom o ní jako o nepromyšleném plodu

nahodilého nápadu zcela pomlčeli. Vzhledem však k tomu, co již nahoře bylo vyloženo o nejasnostech, k nimž Weyr se dává svésti, musíme ji zde uvésti. Vidíme v ní totiž charakteristický důsledek onoho smíšení dvojího způsobu myšlení (exatního a empirického), jež jsme nahoře vytkli. Neboť zdá se nám — ač-li ovšem této ne zcela jasné větě správně rozumíme — že jí Weyr celou svou právně filosofickou soustavu postavil na hlavu. Zdůraznil správně, že právo lze mysliti jen ve formě „to býti má"; neméně správně učí, že vědecké poznání musí býti jednotné, že nelze současně tvrditi A a non A; lze se konečně spřáteliti s tím, že jako pomůcku k tomuto jednotnému myšlení konstruuje svůj „formální" pojem státu; a teď se poučujeme, že „každý zjištěný obsah normy — třeba bylo jich od různých pozorovatelů zjištěno několik různých — musí platiti jako chtěný subjektem normovým". Weyr tu ovšem asi myslil jen na různé výklady, jež logicky mohou vedle sebe existovati. Ale jeho dedukce platí stejně i pro případ, že jeden vykladač učí A, druhý non A. Vždyť prohlašuje za nerozhodno, zda-li norma správně či nesprávně byla interpretována. To znamená že filosofie Weyrova nás opouští tam, kde právě nejvíce se po filosofii ohlížíme, v případech pochybného výkladu normy. Pro Weyra je jen rozhodné, aby podle ústavního zákona norma „prýštila" ze státu. Zde se mu mstí, že si neuvědomil dosti jasně, co sám učí, že stát „konstruujeme" jako normový subjekt. To znamená, že stát je jen myšlenkovou pomůckou k tomu, abychom si snáze představili soubor norem bez vnitřního odporu. Tuto jednotnost v posuzování skutečnosti, jež býti má, nazýváme právě spravedlností. Weyr však přehlíží, že stát jím konstruovaný má býti jen pomůckou ke tvorbě spravedlivých norem, k jejich rozlišení od nespravedlivých a svým positivismem dospívá k tvrzení, že i odporující si normy mohou v tomtéž právním řádě platiti, jen „prýští-li" z téhož „normového subjektu". Tím dává z ruky největší zisk, jejž nám jeho spis měl přinésti, totiž své vlastní vyvrácení pojmu státu jako mocenského subjektu. Neboť není-li pro právo ničeho jiného třeba, než aby norma „prýštila" ze státu, definuje-li svou „svrchovanost právního řádu", již s takovou emfasí právem staví proti svrchovanosti právní moci, jako „myšlenku, že každý normový soubor lze si představiti s kterýmkoliv konkrétním obsahem, jinými slovy, jediným důvodem poznání, že určitá norma platí (existuje) jest příslušnost její k normovému souboru, jejž poznáváme; důvod poznání, že příslušnost jest dána, nalézti možno opět v obsahu normového komplexu; tam stanoveny podmínky, za kterých norma jeví se jako jeho součást" (str. 105.): vzdává se zisku, jehož chtěl dosíci. Tak vyhoví-li zákonodární činitelé jen formálním požadavkům ústavy, mohou libovolné násilí (černovlasí nemají práva volebního) neb i libovolnou nemožnost (lidé mají býti 3 m velcí) učiniti právem, ano i interpret potřebuje jen tvrditi, že určitý obsah nalezl v určitém zákoně, aby byl uznán „za projev státu".

K těmto výsledkům vede právě onen přemet z exatního myšleni do myšlení positivního. Kdyby byl Weyr promyslil předpoklady, na nichž počal budovati, nemohl nikdy k těmto důsledkům dojíti. Pak by byl ovšem musil připustiti možnost, že zákonodárce i interpret se mohou mýliti, právě požadavek jednotného myšlení, jejž chtěl vtěliti do svého státu, by mu byl však vůdcem, aby rozlišil takovéto anomalie od případů normálních, vědecky

myslitelných. Nebyl by tím nikterak snížil právní vědu proti ostatním vědám, kdyby byl připustil možnost zákonů právně nemyslitelných; každá věda, jež obrací svou pozornost k empirickým zjevům, je si vědoma, že je mnoho věcí „mezi nebem a zemí", jež racionálnímu pochopení se vymykají, aspoň při dnešním stavu vědy. To však nebrání, aby se nesnažily tyto irracionální prvky buď jako smyslové klamy vyloučiti, nebo hledati cesty, jak je přece do jednotné přírody zapracovati. Stejně i právní věda musí proti zákonu, jenž odporuje logice právního řádu, buď se snažiti, aby interpretací přece jej přizpůsobila požadavku jednotnosti, i. e. spravedlnosti, nebo musí jej otevřeně označiti jako násilí, jež, jak právě Weyr nejdůrazněji hájí, normativnímu a tím i právnímu chápání se vymyká.

7. Jak jest však možno, že auktor kvalit Weyrových přehlédl tyto slabiny svého systému? Zdá se mi, že Weyra tu stihl osud Kolumbův. Vydal se statečně na cestu, aby objevil nový přístup k pokladům právní noetiky. Nepřesná orientace jej dovedla na břehy neméně úrodné země exaktní vědy právní. Neuvědomiv si to však, lokalisuje Weyr své objevy na mapě našeho globus intellectualis zcela chybně, vyvozuje ze svých poznatků důsledky, jichž míti nemohou a naopak přehlíží možnosti, jež se mu otevírají.

Noetický poznatek, od něhož Weyr vychází, totiž, že právnické poznatky nelze tvořiti ve formě kausálního myšlení, i důsledky, jež z toho vyvozuje jednak proti směšování poznatků sociologických s právnickými, jednak zvláště proti vnášení momentů kausálních, jako pojmu moci do práva, jsou skutečným ziskem pro metodologii právnickou.

Neuvědomiv si však dobře rozdílu mezi noetikou a exaktními vědami, nepokračuje Weyr na cestě vysvětlování podmínek a mezí právnického myšlení, nýbrž obrací se k otázkám, jež již nepatří do noetiky, nýbrž patřily by do jakési exaktní vědy právní. Sem počítám jeho pojem normového subjektu a zvláště jeho pojem povinnosti. Z tohoto pojmu činí Weyr ústřední pojem své právní filosofie (str. 32, 151, 159, 167). Povinnost je mu to, co — dle normy — „má býti", uvažujeme-li je v relaci k tomu, kdo má tento stav, normou požadovaný přivoditi, nebo zachovati (str. 159). V tomto pojmu, jak se nám zdá, Weyr nevědomky objevuje skutečně relaci, jež pro normativní chápání může býti významnější, než relace práva. Uznáváme s Weyrem, že možno na těchto základech dojíti k závěru, na první pohled zarážejícímu, že „pojem „oprávnění" normativně vůbec konstruovati nelze" (str. 154). Tím více litujeme, že Weyr právě neuvědomuje si zcela metodického významu svého objevu, nevytěžil z něho tolik, kolik by bylo žádoucno. Na tomto místě litujeme nejvíce, že Weyr tak suverenně přehlíží téměř všechnu dosavadní literaturu právně filosofickou — mimo ovšem Kelsenovy Hauptprobleme. Byl by se přesvědčil, že onen despekt, s nímž hledí na konstrukce přirozenoprávní, byl pochopitelný v dobách, kdy filosofie právní byla vůbec zamítána, že však je méně pochopitelný u auktora, jenž zase chce právní filosofii získati oprávněný její význam. A byl by se zvláště přesvědčil, že novější právní filosofie nevidí již v konstrukcích přirozenoprávních fantastické hříčky, nýbrž třeba neuvědomělé pokusy o zavedení metod exaktních věd do právní vědy. A byl by si snad povšimnul, že právě to, co je na jeho filosofii nejcennějšího, totiž důsledné dodržování normativní formy myšlení, konstrukce nor-

mového subjektu a pojmu povinnosti jsou velmi slibné náběhy k novému systému exaktní pravovědy. A kdyby byl tu péči, jíž věnuje podružným rozporům mezi vlastním učením a učením Kelsenovým, vynaložil na srovnání svých apriorních konstrukcí s konstrukcemi přirozenoprávními, byl by snad učinil objev metodologicky velmi zajímavý. Totiž, že je prvním, jenž proti individualistické exaktní pravovědě staví exaktní pravovědu kollektivistickou. Kdežto totiž dosavadní zastanci přirozeného práva, Stammlera k nim počítaje, se snažili konstruovati apriorní normy exaktní na předpokladu individuálních na celku nezávislých práv, jest Weyr — bohužel nevědomky — na nejlepší cestě konstruovati apriorní normy na předpokladu zániku individua v celku. Individuum vstupuje do právního myšlení Weyrova jako subjekt povinností, nikoliv jako subjekt „vrozených" práv. Nepochybujeme, že by bylo možno na tomto základě vybudovati exaktní pravovědu, jež by vyhovovala dnešním potřebám právně politickým ženoucím k stále většímu pohlcení jednotlivce společností stejně, jako vyhovovaly konstrukce přirozenoprávní racionalistů francouzských potřebám Velké revoluce. Než bohužel, Weyr neví, že objevil Ameriku a oblouzen svým vzorem Kelsenem, vidí zisk, jejž právní vědě přináší, zcela jinde. Vidí jej v tom, že škrtnutím péra řeší staré spory právnické (na př. o rozdílu mezi kogentním s dispositivním předpisem (str. 126), mezi různými formami viny (str. 148), spory o pojem subjektivního práva (str. 154), spory o rozdíl mezi materiálním a formálním právem (str. 157), spory o pojem právní osoby (str. 168), o rozdíl mezi soukromým a veřejným právem (str. 188). Na odstranění „předsudku" o rozdílu mezi soukromým a veřejným právem Weyr (jako Kelsen) nejvíce si zakládá. Přehlíží, že tento rozdíl jako ostatně celá řada dalších rozdílů, jež v závěru svého spisu zamítá (str. 217 n.) i rozdíly, jež jsou následkem hořejších sporů, mu mizí proto a potud, pokud konstruuje exaktní vědu právní. Tu ovšem by bylo pošetilo tyto rozdíly hledati, poněvadž tu jde o rozdíly v empirickém obsahu norem, jichž při exaktním uvažování vědomě a úmyslně pomíjíme. Proto pokládáme tyto „objevy" Weyrovy, totiž negativní stanovisko, jež zaujímá k základním sporům právním, za pouhé petitio principii. Řeknu-li, že v právní vědě mi nejde o obsah normy, nýbrž jen o možnosti myšlení, jež formou normativního myšlení jsou mi dány, není třeba obšírného důkazu o tom, že v právní vědě takto pojaté mi zmizí všechny rozdíly, jež činíme mezi normami co do jejich obsahu. Jakmile však ze vzduchoprázdných sfér exaktních věd sestoupíme na půdu skutečného lidského snažení a toužení, do víru oněch různotvárných a stále se měnících představ o tom, co „býti má", a jakmile tuto materii chceme myšlenkově ovládnouti, neobejdeme se bez jejího členění. Ovšem že toto členění je, jako vše empirické, podmíněno a diktováno především ohledy účelnosti, ale nemůžeme proto přece takovéto členění prostě odmítnouti tvrzením: v mé sféře exaktních poznatků tyto rozdíly nemají smyslu. Pro zákony volného pádu je též lhostejno chemické složení, barva, atd. padajícího předmětu. Tím však není řečeno, že by tyto rozdíly tu nebyly. Ovšem namítne se se stanoviska Weyrova: ano, ale tyto rozdíly nepadají do vědy, o niž mi právě jde. Nic by konečně nebránilo, kdyby Weyr v odporu s dosavadní mluvou chtěl právní vědou nazvati jen exaktní poznatky právnické, a pak by skutečně tyto rozdíly nebyly právnickými,

jako není matematickým poznatkem rozdíl mezi počítanými jablky a počítanými kuličkami na počítadle. K tomu by však bylo třeba dvojího: Především, aby nám Weyr skutečně podal takovouto exaktní pravovědu. A za druhé, aby vynalezl nové jméno pro vědu, jež myšlenkově zpracovává a v jednotnou soustavu pořádá normy tohoto světa, totiž skutečné lidské názory o tom, co býti má, ať potom se vyskytují v zákonech, nebo ve smlouvách, nebo v denním rozhodování. Mám-li tyto normy jednotně mysliti, nestačí právě s Weyrem prostě konstatovati z ústavy, zda pramení z normového subjektu, státu, nýbrž musím si uvědomiti podobu a rozdíly mezi jednotlivými jejich skupinami. Jinak právě nedojdu k myšlenkové jednotě, ke spravedlnosti v rozhodování, nýbrž k faktické jednotě původce normy, k poznatku zajímavému snad historicky, ale právnicky o sobě bezvýznamnému, poněvadž právě jej nemohu mysliti jako nutnou součást normy, myšlenky o tom, co býti má.

A tím přicházím k poslednímu, psychologickému prameni onoho základního omylu Weyrova, jejž jsme nahoře obšírněji se pokoušeli vyvrátiti; totiž záměny práva se zákonem. Weyr chce patrně se uvarovati důsledku, že by při jeho zamítání rozdílů mezi normami podle obsahu, mu mohl zmizeti i rozdíl mezi zákonem a jakoukoliv třebas sebe fantastičtější představou o tom, co býti má. Představa, že zákon za každou cenu nutno prohlásiti za normu právní, je u něho tak silná, že jej svádí k záměně zákonodárce za stát jako konstruovaný normový subjekt. Přehlíží, že právě i rozdíl mezi zákonem a jinou normou jest jen historický, empirický, a že tedy mizí v exaktní vědě právní. Preponderance zákona před jinými normami, jež vystupují s nárokem, aby za právní byly uznány, netkví, jak Weyr se domnívá, v jakémsi bezprostřednějším poměru k normovému subjektu, nýbrž je historicky podmíněnou konvencí. Aby se dosáhlo sociálního cíle: bezpečnosti právního styku, vypravuje společnost určité normy jakýmsi nuceným kursem, totiž, že bez dalšího zkoumání musí býti přijaty za správné, t. j. spravedlivé. To není však, jak Weyr by rád ukázal, nutnost myšlenková, nýbrž nutnost historicky podmíněná. Zákon má pro obor myšlení normativního asi ten význam, jaký pro obor myšlení kausálního měla v určitých dobách dogmata církevní. Byly to též pravdy s nuceným kursem, jež věda musila respektovati.

Přes to, že na otázky, jež v úvodě jsme kritice Weyrova spisu předložili, totiž po logické správnosti a praktické upotřebitelnosti jeho systému, musíme odpověděti záporně, doufáme, že z hořejších rozborů dosti jasně jde na jevo, že spis Weyrův znamená značné obohacení právní metodologie, a že by bylo jen ku prospěchu, kdyby Weyr tento první svůj soustavný výklad podrobil novému přesnějšímu zpracování. Jsem přesvědčen, že nebude-li se tak úzkostlivě držeti svého vzoru, Kelsena, věnuje-li aspoň stejnou pozornost i jiným pokusům o prohloubení právní metodologie, opraví nynější metodické nejasnosti a podá nám spis, jenž by mohl nésti název „Základy právní filosofie“ s větším právem, než tento první pokus.

Jaroslav Kallab.

Římské právo.

Novější věda italská o definicích římských obligací.

O tomto thematě bylo poslední dobou v Italii dosti psáno. Ex professo zabývá se jím Antonio *Marchi* ve své práci: Le definizioni romane dell' obligazioni Spoleto 1916, jež vyšla v Bulletinu dell' istituto del diritto romano XXIX. 1918. Hlavní pozornost věnujeme této práci, přihlížejíce i k jiné novější italské literatuře, pokud se dotýká definicí římských obligací.

Marchi obírá se interpretací a hodnocením dvou všeobecně uznávaných definicí římské obligace, totiž textem Paulových institucí D 44, 7, 3 pr. a definicí Florentinovou (Ferrini v Bull. dell' istit. d. dir. r. XIII. str. 172) Inst. 3, 13 pr.

Již ve své inaugurační řeči na théma: Figure e realtà nella terminologia dell' obligazione romana (vyšla 1913 Macerata Tip. Bianchini) obírá se problémem podobným; vychází od slov „obligatio, obligare", jež dle svého prvotního významu vyjadřují stav spoutanosti, vázanosti, v dalším stadiu a jako obraz vyjadřují, že někdo jest zodpověden a konečně i, že někdo jest povinen. V tom jest však prý odpor; neboť řeknu-li o tom, kdo jest povinen něco splniti, že jest vázán, obligatus, vytvořuji si představu, že jest svázán, zbaven volnosti pohybu a jednání a tedy i možnosti splniti obligaci, pokud tu nejde o obligaci, jejíž obsahem jest opominutí. Proč tedy užívali Římané k vyjádření myšlenky oblig. závazku obrazu, který s ideou tou jest v odporu? Vysvětlení nachází autor v pojmu primitivní obligace; podle toho pachatel deliktu i „nexus" byli obligati, ne proto, že měli povinnost zaplatiti, ale že byli ve stavu nemožnosti, ujíti pomstě (uspokojení) věřitele nebo uraženého, neslpnil-li dlužník smlouvy neb nezaplatili-li agnáti pokuty.

Nyní si všimněme, jak Marchi nahlíží na prvou z cit. definicí. Opraviv text ve dvou směrech, „aliud" ve florentském rukopisu se nacházející, v „alium" (k docílení smyslu věty celé) a dále singular sloves „faciat, obstringat" v plural „faciant, obstringant" (scil. obligationes) dochází k následující parafrasi textu: To, co charakterisuje právní jednání obligační (obligationum subst. a kontr. způsobů nabytí vlastnictví a služeb.) od způsobů nabytí práva vlastnického a služebnosti, jest, že bezprostřední účinek oněch není — na rozdíl od těchto — nabytí práva vlastnického nebo služebnosti, nýbrž vznik právního poměru, který váže jiné vůči nám, aby nám opatřili ona práva sama, vykonajíce potřebné úkony právní, něco vykonali neb opominuli, za něco ručili. Co tedy charakterisuje podle toho kausy obligační, táže se autor. To, že dávají vznikati právnímu poměru, který váže jiné vůči nám ad aliquid dandum etc.? To by nebylo přesné, vždyť *každý* právní poměr dává vznikati povinnnosti k určitému chování, ad faciendum! Či snad negativní kriterium (non in eo atd.) podává nám přesnější charakterisování a leží snad ono ve vyloučení účinku bezprostředního nabytí práva vlastnického a služebnosti, nebo jinými slovy, leží charakteristika v tom, že kausy obligační dávají nám nabyti *právo jiné* než právo vlastnictví a služebnosti? Tu však je správné a přesné popsání tohoto jiného práva (obligačního), že váže jiné ad aliquid dandum, faciendum, praestandum? Pokud se

týče práv obligačních, jichž obsahem jest dare a praestare, jest podle autora evidentní, že věřitel stane se vlastníkem nebo oprávněným subjektem ze služebnosti teprve na základě „datio“ dlužníkovy, takže má, než tato „datio“ bude vykonána, právo zcela jiné. Naproti tomu ohledně obligací, jichž předmětem jest faciendum, nestačí uvedené kriterium k differencování od vlastnictví a služebnosti, vždyť i ty vážou všecky ostatní k nerušení těchto práv, ad faciendum.

Tudíž text Paulův ani neurčuje přesně to, co charakterisuje kausy obligační, ani nerozrůzňuje jich přesně od způsobů nabytí vlastnictví a služebností; nelze z něho také vyvozovati známé distinkce: právo věcné, právo obligační.

Přes značnou přesvědčivost autorovy interpretace nelze s ním ve všem souhlasiti. Dosti těžko jest se zbaviti obvyklé představy, že v definici „Obligationum substantia“ jde o vystižení podstaty práva obligačního a jeho účinků. Těžko se budeme nutiti viděti ve výrazu „obligationum substantia“ podstatu právních jednání, nebo snad lépe smluv obligačních, když srovnání s textem Gajových institucí 2, 12—14 nás utvrzuje v názoru, že jsou zde definovány „obligationes quoquo modo contractae“, iura obligationum náležející mezi res incorporales; v textu Gajově se praví „quod et aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est“, nečekáme tudíž v naší definici obligace ničeho spíše, než v jakém poměru k věřiteli ona „res corporalis, corpus“ jest; správně pak jest vystižen pojem takovéhoto práva obligačního popřením účinku „corpus nostrum facere“ jako bezprostředního a positivním vytknutím toho, že jiná osoba jest zavázána, uvésti nás v onen poměr k věci. Totéž by platilo o služebnosti jako předmětu obligace. Pokud pak to, „quod nobis debetur,“ spočívá ve faktické činnosti, odpadá negativní vystižení účinku a zbývá jen positivní.

Než vraťme se k autorovi. S výsledkem, k němuž dospěl, pouští se do nejzajímavější otázky, zda a do jaké míry jest text Paulův interpolován. Známo jest naprosto odmítavé postavení *Perozziho* proti tomuto textu z důvodů formálních (substantia = řecké *οὐσία*, nepěkný výraz substantia facit, obstringit alium místo očekávaného aliquem) i z důvodů věcných (na př. differencování práv obligačních a věcných, jež se zde činí, nevyskytuje se v žádném jiném klassickém textě). Stanovisko Perozziho nebylo přijato. *Bonfante* ve svých obligacích (Corso di diritto romano Pavia Marelli 1911 a Roma 1918/1919) poukázal k tomu, že výraz substantia nachází se u klassických právníků v materii omylu ve stejném významu jako onen výraz řecký, že thése Perozziho o tom, že naše definice jest byzantskou transformací actio in personam, nemá podkladu, jen actio in personam podle Gajových institucí se uděluje právě proti tomu, „qui *obligatus* est“, že i v definici přicházející „alium“ jest pěknou antitési proti „ego“, jež jest skryto v „nostrum, nostram, nobis“. Stejná terminologie v textu Gajově o actio in personam a v textu Paulově „obligationum substantia“ jest pak dle *Carusiho* (Sul concetto della obligazione — in Studi di dir. rom., mod. e di st. d. dir. in onore di V. Scialoja Milano 1905) výrazem paralelismu, který nutně povstává mezi žalobami (in rem a in personam) a právními poměry garantovanými těmito žalobami.

Marchi v cit. práci vrací se především k uvedeným chybám textu „faciat,

obstringat" (obligationes!) a „aliud" a naproti názoru *Pacchioniho*, — který v dodatku k italskému příkladu obligací Savignyho I. 1912 byl by ochoten připustiti též nesprávnost singuláru „faciat, obstringat", avšak nikoli na úkor původnosti textu, připouštěje toliko nesprávnost vinou opisovače, — zastává naopak, že tato nesprávnost jest indiciem interpolace a uvádí:

Náš text, který byl umístěn v partii jednající o mutuu a neměl tak všeobecného dosahu, vztahuje se na *určitou* kausu obligační (dokladem singular faciat, obstringat!), byl kompilatory jako všeobecná sentence vztažen na veškeré kausy obligační. Důvodem interpolace byla nutnost differencovati tyto kausy obligační od důvodů vzniku práv věcných, pociťovaná po zániku starobylých forem a kontraktů a povýšení konsensu stran za hlavní faktor právních jednání věcných i obligačních.

Myslí-li původce rozebraného textu na určitý kontrakt a chce vyjádřiti, k čemu jest dlužník z něho povinen, nebude zajisté mluviti o každém myslitelném plnění obligačním „dare, facere, praestare", nýbrž jen o plnění kontraktu tomu vlastním. Tím dochází autor k vyloučení fráze „ad aliquid dandum vel faciendum vel praestandum" jako interpolované, čímž získává půdu pro slovo „aliud" (ve F), jehož korrigování na „alium" vyžadoval by smysl *celé* věty, kteréžto slovo však neopraveno dává dobrý smysl, zastupujíc nepůvodní frázi „ad aliquid dandum atd."

Vztahovalo se pak naše místo k starobylému nexu. Již Pacchioni v cit. díle vycítil ideu nexa v definicích římských obligací. Marchi však vidí v našem textu skutečnou definici nexa a rozrůznění jeho od mancipace, s níž mělo stejnou formu a druhdy i stejné označení.

Autor upozorňuje na nové možné pojetí slov „corpus servitus": výrazy ty mohou se vztahovati na tvrdé účinky nexa, že věřitel nabýval moci nad tělem dlužníkovým (corpus) a mohl jej prodati do otroctví (servitus). Chápeme-li takto text, chápeme i jeho umístění v partii jednající o mutuu, s nímž nexum bylo v nejužším spojení, a chápeme, že Paulus, který i v jiných citátech projevil nevšední kulturu historickou, mohl napsati: „Nexi substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum", aut servitutem nostram faciat, sed ut aliud nobis obstringat". Výsledek, k němuž autor dochází, náleží arci do světa hypotés, a lze-li podstatu nexa vyjádřiti slovy „ut aliud nobis obstringat", jest ještě velká otázka. Aspoň výsledky nového bádání o nexu (Mitteis, Lenel, Pflüger, Pacchioni a j.) ukazují podstatu nexa v sebezastavení dlužníkově za účelem záruky za dluh, a má-li se viděti pojem staré obligace v ryzí osobní poddanosti, takže *osoba* jest předmětem obligace, jest in obligatione, peníze jsou jen in solutione (Bonfante Obligace), nenalezneme přesného vystižení toho v uvedené frázi, která značí věcnou záruku. Také z umístění našeho textu ničeho nevyplývá ve prospěch thése Marchiho; jedná-li následující paragraf o mutuu, nejedná o mutuu hned celý fragment Institucí Paulových, vždyť v paragrafu hned následujícím, části téhož fragmentu Institucí, mluví se o verbálním kontraktu.

V druhé části své práce zabývá se A. Marchi definicí obsaženou v Institucích 3, 13, pr.

Uvědomiv si, že z dvou ablativů v této definici se nacházejících, quo necessitate, prvý jest „un ablativo di causa o rei officientis", druhý pak „un

ablativo di mezzo", dochází k následujícímu překladu slovnímu: Obligace jest právní pouto, jehož účinkem (jest, že) jsme vázáni nutností splniti něco, jak předepisují normy našeho státu. Parafrase našeho textu byla by pak dle autora tato: Obligace, jak vyplývá ze slova samého, může se nazvati poutem; správně řečeno poutem nehmotným, ježto uniká našim smyslům, ale právním, jistě však poutem, poněvadž můžeme vyjádřiti účinek a typický ráz obligace představou, že účinkem jejím se dostává dlužník do postavení stejného jako ten, kdo jest spoután hmotným poutem, vyjadřujíce totiž, že účinkem obligace jest dlužník vázán nutností platiti něco, jak to předepisují normy našeho státu."

Při takovémto pojetí definice poměru obligačního dochází autor nezbytně k tomu, že právní poměr obligační jest zde pojat jako poměr charakterisovaný poměrem donucovacím; není tu vyslovena idea právní povinnosti, debitum, nýbrž jen idea právní vázanosti (costrizione), ručením, právě tak, jako v řadě textů jiných, jež autor uvádí. (Varro de lingua latina 6, 71, Cod. 4, 38, 13, Dig. 44, 7, 8, Dig. 33, 1, 7, Dig. 50, 16, 108 a j.)

K tomu by bylo podotknouti, že sice význam slova obligatio v pramenech jest velmi různý a často vztahuje se výlučně na ideu donucenosti k nějakému chování, na druhé straně ale, vytýká-li některý text pouze určitou stránku poměru obligačního, není tím řečeno, že by nemohla v něm býti alespoň mlčky obsažena též druhá stránka poměru obligačního. Tak na př. v definici Dig. 50, 16, 108, pojmeme-li ji takto: „Is debet, a quo *invito* pecunia exigi potest", docházíme k úplnému sloučení obou prvků poměru obligačního, dluhu a ručení. Citovaný text Codicis 4, 38, 13 „quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est" také nepoukazuje na jednostranné pojetí obligace se stanoviska čistého ručení, vždyť slovo „contrahentes" vyjadřuje účel a důvod vzniku vázanosti, charakterisující obligaci, a tímto účelem jsou *závazky stran.* Tento důvod vzniku vázanosti, debitum, nalézáme vyjádřen i v definici Institucí 3, 13, pr. frází „alicuius solvendae rei"; pak arci nebudeme považovati „necessitate" grammaticky za „un ablativo di mezzo" tím jest „quo" (sc. iuris vinculo), „necessitate" pak znamená *stupeň, míru* vázanosti a příčinu její nalézáme — jak již řečeno — ve frázi „alicuius solvendae rei".

Tedy Marchi, dospěv k názoru, že naše definice obmezuje se na všeobecné vytknutí donucovacího účinku poměru obligačního, že neuvádí, co jest vlastním a výlučným poměru samého, a že jest právě tak definicí každého poměru garančního, správně usuzuje, že skutečný pojem klassické obligace je jiný; ji tvoří v prvé řadě nárok věřitelův na splnění a jemu odpovídající povinnost dlužníkova.

Různé klasifikace pramenů obligací (Gajova, 3, 89, Dig. 44, 7, 1 pr, Inst. 3, 13, 2) zahrnují pouze právní skutečnosti, z nichž aspoň pravidelně nevzchází čistý poměr ručení, ale povinnost právní jím chráněná a garantovaná. A nyní následuje velice subtilní důkaz, že ze dvou elementů, dluhu a ručení, charakterisuje římskou klasickou obligaci první, nikoli druhý.

Jest tudíž vysvětliti divergenci, mezi pojmem obligace, jenž se podává (dle autora) z definice institucí, a skutečným pojmem klasické obligace. Obligace, jako právní poměr, charakterisovaný stavem vázanosti, jest pojem

obligace primitivní. O právu věřitelově na plnění nebylo v ní řeči ani vůči vinníkovi, ani vůči filiu familias, jenž se stal „nexus", ježto neměli vlastní způsobilosti platiti, ani vůči agnátům nebo patru familias, kteří měli naopak *právo* zaplatiti za účelem výkupu, ne však právní povinnost; ovšem osvobození své osoby nedosáhli jinak, než zaplacením a obligace vyjadřovala tuto krajní donucenost jejich.

Souhlas, který takto nalezl autor v pojmu obligace staré a v pojmu obligace, jak se jemu podává z definice institucí, není náhodným; často nacházíme v římském právu sebrány i opakovány ideje zdánlivě chybné, ve skutečnosti však ideje tradicionální, odpovídající přežitému stavu práva. Tak se stalo podle autora, že původce rozebírané definice, který si vzal za úkol definovati klassickou obligaci, podává nám definici obligace primitivní.

Ale přes to jest tato definice i se stanoviska dogmatického autorovi cennější jiných obligací, neboť luští problém (svého času Perozzim prohlášený za nerozluštitelný), čím obligace jako právní povinnost se liší od ostatních právních povinností. To zodpovídá definice Institucí vyjadřujíc akt dlužníkův, k němuž jest obligací zavázán, jako *solutio*. Ježto placení, solutio, zrovna tak jako darování, odkaz atd. jest akt právní, mající znaky vlastní, lišící ho od jiného aktu právního, vychází z toho, že text, označuje úkon dlužníkův jako solutio, individualisuje jej co nejpřesněji, a tím i obligaci od každé jiné právní povinnosti. Tak dochází autor k tomu, že původce naši definice vlastně chtěl říci toto: Obligatio est iuris vinculum alicuius solvendae rei. Výsledek, k němuž autor dochází, jest více méně abstraktní formulkou: zdá se, že diferencování práv obligačních od ostatních, jmenovitě eticko právních povinností, jinými vyslovené, totiž nevynutitelnost povinnosti obligační o sobě za současné garancie její na majetku dlužníkově (nesplní-li dlužník *dobrovolně*) (Bonfante) jest případnější.

Ovšem hodnocení resultátu není hodnocením práce samé; jistou cenou práce jest duchaplné a do samých finess jdoucí zpracování myšlenkového materiálu, vědeckou prací dosavadní, jmenovitě italskou, nashromážděného.

Dr. Jan Vážný.

Nové theorie italské o vzniku římské obligace.

O vzniku a struktuře primitivní obligace římské vyšly v nejnovější době důležité studie italské, a to: Sylvia *Perozziho* Dalle obligazioni da delitto alle obligazioni da contratto (Bologna 1916), a dvě práce Emilia *Bettiho* La struttura dell' obligazione romana e il problema della sua genesi (discorso inaugurale con note esplicative, Camerino 1919) a Il concetto della obligazione construito dal punto di vista dell' azione (Pavia 1919).

K správnému posouzení nových výsledků v tomto oboru jest zapotřebí stručně se zmíniti o výsledcích vědecké práce italské, na jejichž základě autoři těchto knih pracovali. Zmíníme se o theorii, k níž dospěl *Bonfante* ve svých Obligacích (Lezioni di diritto romano 1919).

Pramenem primitivní obligace jest delikt. Funkce její jest trestní a, ježto vzniká v poměrech mezi skupinami autonomními gentes, ráz jest mezinárodní. Kdežto z poměrů obchodu (výměnného) nevzchází v primitivní době

obligace, ježto směna děje se bezprostředně, vzchází stav vázanosti, zodpovědnost z deliktu v tom smyslu, že kmen, jehož příslušník spáchal delikt, jest povinen dáti zadostučinění, chce-li se vyvarovati války. Vinník musí podstoupit trest, možno říci, že jeho kmen jest zavázán vydati ho, aby podstoupil trest spočívající v usmrcení nebo v prodeji do otroctví. Avšak může se vykoupiti zaplacením určité summy, na níž se shodne s poškozeným — dobrovolná pokuta, kteráž se stává zákonnou, jakmile stát reguluje tuto pokutu, pravděpodobně podle ustáleného zvyku. První historickou figuru obligace z kontraktu máme v mutuu; kdo přijímá zápůjčku, nebo jiný za něho, podrobuje se věřiteli: prodává sebe sama v nejstarší formě prodeje (která se pak stala slavnostní ceremonií jakéhokoli převodu), to jest mancipium nebo nexum, čímž se stává rukojmím a dostává se fakticky do postavení otrockého vůči věřiteli. Po zákonu Poeteliově obligace jako skutečná podrobenost osobní s možností výkupu se přetvořila v právní poměr majetkový, vinculum obligationis nepostihovalo však již osobu, ale majetek.

Názory až dosud uvedené byly z velké části východiskem citované práce Perozziho, v níž autor se obírá úkolem objasniti, jak z obligací z deliktu, charakterisovaného jako čin válečný, atto di guerra, došlo se k obligacím z kontraktu, specifikovaného jako atto di pace, affare, ne conventio, při čemž původ této obligace chce nalézti ve sponsi, soudě totiž o mutuu, že pojetí jeho jako kontrakt jest pozdější.

Původ obligace kontraktní spadá podle Perozziho také do doby autonomie gentilické. Tam padá i vznik sponse. Původně byla přísahou. Smlouvy jednotlivých kmenů byly samy o sobě nezávazné. Aktem tvořícím závaznost slibujícího nemohla býti v době úplné samostatnosti kontrahujících nic jiného než přísaha, jako vůbec base poměrů mezinárodních jest fas, nikoli ius. Sponsio byla přísahou jednak dlužníkovou, obsahujíc slib, jednak ručitelovou, obsahujíc garancii. Měla tedy různý smysl, byla slibem, nebo garancií. Přísaha slibná váže přísahajícího pouze vůči božstvu. Zodpovědnost vůči příjemci přísahy podstupuje tercius, který přísahá, že věc slíbená bude dána; on neslibuje ani vlastního „dare“ nebo „facere“ spočívajícího v přičinění se, aby bylo dáno, ani neslibuje, co hlavní dlužník dá; přísahá, že určitá událost se uskuteční, že bude dáno; význam této přísahy jest v tom, že chce se vydati pomstě věřitelově v případě, že událost se nesplní.

Dalo by se namítnouti, jak autor sám vyzdvihuje, že v mezinárodních smlouvách uzavřených Římem, nenalézáme vůbec států jako garantů, sponse ve své původní podstatě přísahy mezigentilické, že byla tedy jen slibem, nikoli garancií; Perozzi jest si vědom, že době úplné autonomie gentilické nenáležela ještě sponsio garanční: tato náleží další etapě, spojení kmenů ve federaci. Federace na základě společné národnosti umožnila nový typ přísahy, garanční, utvořivši morální společenství mezi dlužníkem a ručitelem; ježto federace nezrušila politické osobnosti spojených kmenů, zůstala mezi nimi možnou přísaha a nyní též, jak řečeno, garanční.

Tímto učením o vzniku sponse dostává se Perozzi do úplného odporu s theorií *Mitteisovou* (Über die Herkunft der Stipulation 1907), hledající původ sponse v procesní garancii, a uvádí proti hlavním jeho argumentům toto:

Okolnost, že v pramenech se užívá termínu „sponsor“ jako garant, a

ne jako promitent, jest přímým důsledkem nových forem stipulace; kdežto totiž forma „spondeo“ zůstala specifickým druhem garancie, odlišným od jiných způsobů vejití v záruku (fide promitto, fide iubeo), sloužila *slibu* bez rozdílu jak forma spondeo, tak i jiné formy; bylo by zbytečnou pedanterií a pramenem konfusí, aby dlužník, slíbivši formou spondeo, byl zván sponsor; on byl za všech okolností zván všeobecným terminem „promissor“.

Vztah, který shledává Mitteis mezi vadimoniem a sponsí, mezi starými vades a novými sponsores, uvádí velmi správně na pravou míru Perozzi tím, že vades se zavazují formulí „vas *sum*“ na otázku „vas es“; vadimonium není slibem, tak málo obsahuje v sobě idey slibu, že jsou možny fráze „vadimonium promittere, stipulari“. Totéž platí o praedes, kdež formule, jak s Festa vyplývá, zněly „praes es, praes sum“.

Shodu Mitteisem vytčenou mezi praedes danými magistrátu a sponsí, že jest v obou případech forma ústní otázky a odpovědi, seslabuje Perrozzi tím, že formy otázky a odpovědi užívalo se v přemnohých právních jednáních, které nemají se sponsí co činiti (leges rogatae, adopce, coemptio matrimonii causa).

Výlučnost formy „spondeo“ pouze pro občany římské netřeba podle Perozziho vysvětlovati důvody processními, když vysvětlení podává původní mezinárodní ráz sponse.

Praedes a vades jsou v naprostém odporu podle Perozziho s institucí sponsio jak co do kausy, tak co do předmětu.

Tam obmezení na určité případy a účely, zde nekonečné případy a okolnosti, za nichž někdo slibuje dare summy peněžité.

Tam garantuje se jak dare, tak facere (dostavení se osoby na soud), zde v první době předmět co nejvíce obmezen.

Žádný z garantů, „praedes, vades“ nepřipojoval se k úmluvě mezi dvěma stranami a neručil ani za zákonnou snad povinnost strany. Osoba, za kterou se zavazoval, vůbec nebyla zodpovědna, proto právě dávala praedes. Primitivní právo nezná vůbec garanta zavázaného jen akcessoricky vedle dlužníka hlavního, zná jen dlužníka zavázaného za jiného, který sám zodpověden není. Jak mohla tedy, dovozuje Perozzi, sponsio jako garancie úmluvy vzniknouti z aktů, jež neměly této povahy?

Jiné zajímavé pozorování Perozziho jest to, že praedes, vades jsou instituty veřejnoprávní, sponse, vzniknuvši v právu mezinárodním, nikoli vnitřním právu veřejném obce, svou povahou náleží právu soukromému.

Konečně nejpádnější argument Perozziho jest ten, že praedes a vades zůstali pouze garanty; naproti tomu sponse jako autogarancie přetvořila se ve slib právně účinný; byla-li tedy sponsio přetvořenou praediaturou, není vysvětlitelno, proč trvaly oba instituty vedle sebe, proč nepřetvořila se prediatura po vzoru sponse.

V dalším zabývá se Perozzi učením, jež vidí původ sponse v *garancii* přistupující *k úmluvě*, nejdříve ke smíru (pacisci) v případě deliktu. Vznáší námitku: z jakého důvodu bylo třeba formy k založení *zodpovědnosti*, když založení *dluhu* dálo se bezformálně? Nutnost sponse k založení zodpovědnosti a postačitelnost bezformálné úmluvy k založení dluhu jsou mu dvě věci, jež nedají se dohromady kombinovati. Dokazuje, že idea *Gierkova*

obligace, ježto směna děje se bezprostředně, vzchází stav vázanosti, zodpovědnost z deliktu v tom smyslu, že kmen, jehož příslušník spáchal delikt, jest povinen dáti zadostučiněni, chce-li se vyvarovati války. Vinník musí podstoupit trest, možno říci, že jeho kmen jest zavázán vydati ho, aby podstoupil trest spočívající v usmrcení nebo v prodeji do otroctví. Avšak může se vykoupiti zaplacením určité summy, na níž se shodne s poškozeným — dobrovolná pokuta, kteráž se stává zákonnou, jakmile stát reguluje tuto pokutu, pravděpodobně podle ustáleného zvyku. První historickou figuru obligace z kontraktu máme v mutuu; kdo přijímá zápůjčku, nebo jiný za něho, podrobuje se věřiteli: prodává sebe sama v nejstarší formě prodeje (která se pak stala slavnostní ceremonií jakéhokoli převodu), to jest mancipium nebo nexum, čímž se stává rukojmím a dostává se fakticky do postavení otrockého vůči věřiteli. Po zákonu Poeteliově obligace jako skutečná podrobenost osobní s možností výkupu se přetvořila v právní poměr majetkový, vinculum obligationis nepostihovalo však již osobu, ale majetek.

Názory až dosud uvedené byly z velké části východiskem citované práce Perozziho, v níž autor se obírá úkolem objasniti, jak z obligací z deliktu, charakterisovaného jako čin válečný, atto di guerra, došlo se k obligacím z kontraktu, specifikovaného jako atto di pace, affare, ne conventio, při čemž původ této obligace chce nalézti ve sponsi, soudě totiž o mutuu, že pojetí jeho jako kontrakt jest pozdější.

Původ obligace kontraktní spadá podle Perozziho také do doby autonomie gentilické. Tam padá i vznik sponse. Původně byla přísahou. Smlouvy jednotlivých kmenů byly samy o sobě nezávazné. Aktem tvořícím závaznost slibujícího nemohla býti v době úplné samostatnosti kontrahujících nic jiného než přísaha, jako vůbec base poměrů mezinárodních jest fas, nikoli ius. Sponsio byla přísahou jednak dlužníkovou, obsahujíc slib, jednak ručitelovou. obsahujíc garancii. Měla tedy různý smysl, byla slibem, nebo garancií. Přísaha slibná váže přísahajícího pouze vůči božstvu. Zodpovědnost vůči příjemci přísahy podstupuje tercius, který přísahá, že věc slíbená bude dána; on neslibuje ani vlastního „dare“ nebo „facere“ spočívajícího v přičinění se, aby bylo dáno, ani neslibuje, co hlavní dlužník dá; přísahá, že určitá událost se uskuteční, že bude dáno; význam této přísahy jest v tom, že chce se vydati pomstě věřitelově v případě, že událost se nesplní.

Dalo by se namítnouti, jak autor sám vyzdvihuje, že v mezinárodních smlouvách uzavřených Římem, nenalézáme vůbec států jako garantů, sponse ve své původní podstatě přísahy mezigentilické, že byla tedy jen slibem, nikoli garancií; Perozzi jest si vědom, že době úplné autonomie gentilické nenáležela ještě sponsio garanční: tato náleží další etapě, spojení kmenů ve federaci. Federace na základě společné národnosti umožnila nový typ přísahy, garanční, utvořivši morální společenství mezi dlužníkem a ručitelem; ježto federace nezrušila politické osobnosti spojených kmenů, zůstala mezi nimi možnou přísaha a nyní též, jak řečeno, garanční.

Tímto učením o vzniku sponse dostává se Perozzi do úplného odporu s theorií *Mitteisovou* (Über die Herkunft der Stipulation 1907), hledající původ sponse v procesní garancii, a uvádí proti hlavním jeho argumentům toto:

Okolnost, že v pramenech se užívá termínu „sponsor“ jako garant, a

ne jako promitent, jest přímým důsledkem nových forem stipulace; kdežto totiž forma „spondeo" zůstala specifickým druhem garancie, odlišným od jiných způsobů vejití v záruku (fide promitto, fide iubeo), sloužila *slibu* bez rozdílu jak forma spondeo, tak i jiné formy; bylo by zbytečnou pedanterií a pramenem konfusí, aby dlužník, slíbivši formou spondeo, byl zván sponsor; on byl za všech okolností zván všeobecným termínem „promissor".

Vztah, který shledává Mitteis mezi vadimoniem a sponsí, mezi starými vades a novými sponsores, uvádí velmi správně na pravou míru Perozzi tím, že vades se zavazují formulí „vas *sum*" na otázku „vas es"; vadimonium není slibem, tak málo obsahuje v sobě idey slibu, že jsou možny fráze „vadimonium promittere, stipulari". Totéž platí o praedes, kdež formule, jak s Festa vyplývá, zněly „praes es, praes sum".

Shodu Mitteisem vytčenou mezi praedes danými magistrátu a sponsí, že jest v obou případech forma ústní otázky a odpovědi, seslabuje Perrozzi tím, že formy otázky a odpovědi užívalo se v přemnohých právních jednáních, které nemají se sponsí co činiti (leges rogatae, adopce, coemptio matrimonii causa).

Výlučnost formy „spondeo" pouze pro občany římské netřeba podle Perozziho vysvětlovati důvody processními, když vysvětlení podává původní mezinárodní ráz sponse.

Praedes a vades jsou v naprostém odporu podle Perozziho s institucí sponsio jak co do kausy, tak co do předmětu.

Tam obmezení na určité případy a účely, zde nekonečné případy a okolnosti, za nichž někdo slibuje dare summy peněžité.

Tam garantuje se jak dare, tak facere (dostavení se osoby na soud), zde v první době předmět co nejvíce obmezen.

Žádný z garantů, „praedes, vades" nepřipojoval se k úmluvě mezi dvěma stranami a neručil ani za zákonnou snad povinnost strany. Osoba, za kterou se zavazoval, vůbec nebyla zodpovědna, proto právě dávala praedes. Primitivní právo nezná vůbec garanta zavázaného jen akcessoricky vedle dlužníka hlavního, zná jen dlužníka zavázaného za jiného, který sám zodpověden není. Jak mohla tedy, dovozuje Perozzi, sponsio jako garancie úmluvy vzniknouti z aktů, jež neměly této povahy?

Jiné zajímavé pozorování Perozziho jest to, že praedes, vades jsou instituty veřejnoprávní, sponse, vzniknuvší v právu mezinárodním, nikoli vnitřním právu veřejném obce, svou povahou náleží právu soukromému.

Konečně nejpádnější argument Perozziho jest ten, že praedes a vades zůstali pouze garanty; naproti tomu sponse jako autogarancie přetvořila se ve slib právně účinný; byla-li tedy sponsio přetvořenou praediaturou, není vysvětlitelno, proč trvaly oba instituty vedle sebe, proč nepřetvořila se prediatura po vzoru sponse.

V dalším zabývá se Perozzi učením, jež vidí původ sponse v *garancii přistupující k úmluvě*, nejdříve ke smíru (pacisci) v případě deliktu. Vznáší námitku: z jakého důvodu bylo třeba formy k založení *zodpovědnosti*, když založení *dluhu* dálo se bezformálně? Nutnost sponse k založení zodpovědnosti a postačitelnost bezformálné úmluvy k založení dluhu jsou mu dvě věci, jež nedají se dohromady kombinovati. Dokazuje, že idea *Gierkova*

o nutnosti formy k založení ručení (Haftung) a bezformálnosti dluhu (Schuld) a odůvodnění toho změnou osobního postavení ručícího neexistuje v právu římském. A připojuje druhou námitku. Jestliže se původně každá garancie poskytovaná sponsí (ať od dlužníka, ať od garanta) spojovala s pouhou úmluvou dostačující k založení dluhu, proč později sponsio garanční nemohla býti připojena ke každé úmluvě, nýbrž pouze k sponsi?

Stoupenci učení o vzniku sponse z garancie stojí před obtížným úkolem objasniti, jak sponsio zdvojila se co do funkce, zůstavši garancií stala se též slibem. Rozluštění *Cornilovo,* že pro garanta bylo zaplacení dluhu dlužníkem slíbeného prostředkem uniknouti pomstě věřitelově, takže kontrakt, jímž garant se vydával pomstě věřitelově, přinášel jemu výslovně osobní zodpovědnost, mlčky dluh, vyvrací jako pojmově nemožné, ježto idea dluhu jest neodlučitelná od své kausy, dluh jest a zůstane pouze toho, kdo slíbil, ne garanta, který slibu neučinil.

Naproti tomu autorem konstruovaná theorie o vzniku sponse vysvětluje jemu mnohé věci jinak záhadné; nebude třeba odůvodnění pro nepochopitelné tvrzení o původní postačitelnosti konvence k slibu a nutnosti slavnostní formy pro garancii, kdežto důvod, proč bylo třeba verbální solennity jak pro slib tak garancii, jest autorovi ten, že obé se zřizovalo původně slavnostním aktem, přísahou, ježto konvence neměla původně účinnosti ani právní ani náboženské. Proto také sponsio garancie může se připojiti pouze ke kontraktu verbálnímu, nikdy ne ke konvenci, neboť v tomto případě by byla přísahou hlavní; obě přísahy, slibná i garanční tvořily jediný akt, složený ze dvou stejnorodých částí; slůvko „idem" zevně vyznačovalo spojení.

Po těchto positivních konstrukcích a negativní kritice obrací se Perozzi k vlastnímu thematu, vylíčiti postup, jak se přešlo z obligací z deliktu k obligacím z kontraktu.

První oddělení zodpovědnosti od deliktu vidí v instituci prehistorického vindexa — jak si jej sám konstruuje — t. j. osoby odlišné od delinquenta, jež béře na sebe zodpovědnost z deliktu vznikající pro vinníka. To bylo podle Perozziho možno teprve po zavedení pokut z deliktu. Pokud totiž byl delikt důvodem tělesné odvety, nemohl býti z něho zavázán nikdo jiný než vinník. Když však byly zavedeny peněžité pokuty, šlo poškozenému především o její vydobytí, ať od vinníka či od jiného, bylo tedy pojmově možným, aby někdo převzal za vinníka zodpovědnost za zaplacení pokuty a vydání se pomstě věřitelově pro případ nezaplacení.

Pokračujíce v tomto oddělení zodpovědnosti od deliktu, připustili Římané, aby se někdo vydal pomstě pro případ, že jiný provedl něco, co nebylo deliktem (nezaplatil summu sacramenta, nevydal vindikované věci s plody, nedostavil se k soudu, nesplnil přísahu dare). Fikcí vinníka dospěli k fikci deliktu. Obligace kontraktní vycházejí tak z obligací deliktních zásluhou, prostřednictvím pokut peněžitých; tyto uvádějíce delikt z důvodu tělesné odvety v důvod peněžní prestace vinníkovy, umožňují přechod odvety z vinníka na osobu jinou, vedle toho však aby někdo byl pojímán jako vinník, uskutečni-li se akt, který není deliktem a který on nespáchal. Kdo slíbil, není proto zavázán, odpovídá jedině ručitel. Důvod jest jasný. Jak může totiž

povstati zodpovědnost jiného než delinquenta u národa, který zná jen zodpovědnost z deliktu? Podle Perozziho jen pojmovým postavením se na půdu deliktu a odvety: dobrovolným převzetím zodpovědnosti jako by za delikt, kdežto zodpovídající ani deliktu nespáchal, ani čin, za který zodpovídá, není deliktem.

Další vývoj theorie Perozziho jest v připuštění autogarancie se sponsí promittentovou ve všech případech, takže pak každý sponsor — buď jako promittent a garant zároveň, buď jako čistý garant — byl vydán pomstě věřitelově, dále v ponenáhlém vytrácení se intelektuální souvislosti mezi obligací a deliktem, idey o vydání se pomstě věřitelově mlčky učiněného sponsorem i garantem, za to stále větší posilování se idey slibu, takže existence obligace se pojí přímo k faktu slibu. Vznikala zodpovědnost ne pro podrobení se pomstě věřitelově, ale protože slibem byl uskutečněn „atto meramente di pace“.

V celku tedy studie Perozziho, z jejíhož nesmírného myšlenkového materiálu byla podána aspoň hlavní kostra, provádí vytknuté si théma vylíčením, jaký byl vývoj obligace ze stipulace. To není arci vývoj obligace z kontraktu, genericky míněného, — přes značnou spornost pojmu kontrakt jest nepochybno, že Římané znali druhovou kategorii contrahere, čehož jest dokladem na př. dogmatický vývoj nepojmenovaných kontraktů — nýbrž jest — a má to býti dle intenci autorových — vývoj prvního kontraktu, prvního „atto di pace“. Pro toho, kdo vidí v kontraktu přes veškeru typičnost obligací kontraktních více, než akt charakterisovaný na rozdíl od deliktů pouhým „di pace“, víc než „affare“ „negotium“, tedy buď si smlouvu obligační, buď si negotium **contractum**, resp. contractus negotii (nehledíc k srovnalé vůli — Bonfante), bude theorie Perozziho o přechodu od obligací z deliktu k obligacím z kontraktu neúplná. Těžko se též bráníme myšlence, že process, jejž si autor předsevzal vylíčiti, se odehrával mimo dosah starobylého nexa, nebo lépe řečeno, bez zřetele na mutuum; myslím, že šel autor ve svých abstrakcích a fikcích (delinquenta a deliktu) poněkud daleko; postrádají motivace přes svou obdivuhodnou logičnost; převzetí zodpovědnosti jakoby za delikt bychom v prvé řadě hledali v mutuu (nexu) pro primitivní příbuznost zápůjčky a deliktu.

Perozzimu samotnému jest ovšem zpracování jeho thématu v uvedeném obmezeném okruhu dáno jeho svérázným typickým nazíráním na římskou obligaci a kontrakt, jež jsou známy z jeho dřívějších prací, hlavně jeho Obligazione romana a Institucí.

Názory až dosud uvedené byly podrobeny radikální kritice Emiliem *Bettim*. V pracích, shora již citovaných, autor se neobmezuje na polemiku, nýbrž tvoří novou hypotésu o vzniku obligace. To platí v prvé řadě o prvé z uvedených knih, La struttura dell' obligazione romana e il problema della sua genesi, jíž se budeme zabývati. Druhá kniha, náležející spíše do všeobecné vědy právní, jest vzdálenějším vědeckým substrátem a zdůvodněním knihy prvé.

Primitivni obligace byla podle Bettiho vytvořena recepcí a spolu obměnou jednoho institutu práva mezinárodního, totiž *výkupného* ze zajetí jednak válečného, redemptio ab hostibus, jednak mimoválečného, smluvního

odevzdáním rukojmího. To, co převzalo právo římské z práva mezinárodního, nebyl ani tak akt zakládající zajetí, ale ono zajetí, uvěznění samo ve funkci garancie, spojené s možností výkupu. Vskutku postavení dlužníka odvedeného věřitelem následkem legis actio per manus iniectionem, *fakticky* podrobeného tomuto (vincire nervo aut compedibus), *právně* však nadále svobodného občana sui iuris bylo analogické zajetí válečnému; oboje zajetí jest faktické a provisorní, rozvazuje se výkupem (solutio per aes et libram, poena, ποινὴ — redemptio ab hostibus, ἄποινα). Na druhé straně jest postavení dlužníka uvězněného analogické stavu, ve kterém se nachází věc obtížená právem zástavním; společným jest hmotné držení za účelem garancie.

Za první důvod výkupného zajetí (uvěznění) s funkcí garanční, za první důvod obligace považuje Betti *souhlasnou vůli stran*, nikoli delikt a uvádí k tvrzení tomu tyto indicie strukturální i terminologické: Termíny právních jednání (nexum, contrahere) vyjadřují spoutanost. Vyjadřuje-li primitivní obligace stav, ve kterém se nalézá *materielně* spoutaný, jest především přirozeno mysliti na spoutání, jemuž se někdo dobrovolně podrobil, kdežto jen *metaforicky* lze říci, že delikt váže poutem. Termín contractus nevyjadřuje kontrérnost proti deliktu (na př. rozdílnou funkci a právní účinnost vůle); když Římané začali nazývati právní jednání jako pramen obligace slovem „contrahere", byla tato *jediným* pramenem obligace. Výrazy creditor a debitor, jež se staly později technickými pro označení subjektu *každého* poměru obligačního, dosvědčují, že původním výhradním pramenem obligaci byla právní jednání. V dílech didaktických (institucích) jsou obligace z kontraktů zpracovány před obligacemi z deliktů, vykazují zpracování vědecky bohatší a rozčleněnější než tyto, všeobecné nauky jsou vybudovány na oněch. Tudíž schémata a konstrukce typických obligací z právního jednání byla rozšířena analogicky na obligace z deliktů.

Právní situace, již tvoří primitivní delikt, nemůže se podle Bettiho přesně nazvati obligací; ježto jest tu zodpovědnost čistě trestní (pro faktum již minulé z titulu sankce trestní), nikoli zodpovědnost garanční (není tu očekávání budoucího fakta druhým kontrahentem, pro jehož neuskutečnění se právě odpovídá). Z deliktu primitivního nevzchází dle Bettiho obligace, nýbrž *přímo* trest, pomsta, a za tím účelem trestní procedura primitivní, manus iniectio trestní.

Avšak do této procedury klade autor primitivní obligaci kontraktní: když osoba deliktem postižená přistupovala k zajetí a uvěznění delinquenta, aby na něm vykonala pomstu usmrcením nebo prodejem do otroctví, mohl tercius dohodnouti se s věřitelem na dočasném propuštění vinníka na svobodu, přejímaje dobrovolně právní posici a zodpovědnost vinníkovu, tedy i faktické uvěznění. Tento intercedent v roli garanta ručil za to, že vinník dočasně propuštěný na svobodu, vrátí se do moci poškozeného po uplynutí doby, na kterou byl odložen trest. Tak povstal kontrakt sponse. Podrobení se konsequencím manus iniectionis se tu nedálo prohlášením nebo přísahou, nýbrž reálně, odevzdáním vlastní osoby. Sponse tak by byla analogickou s řeckou ἐγγύη. Důvod pro tuto svou konstrukci nalézá autor v identitě struktury mezi exekuční legis actio per manus iniectionem a prvotní trestní manus iniectio (= procedura provádění pomsty). Jako tam vindex jedno-

stranným vystoupením zbavoval dlužníka zodpovědnosti, a dá se předpokládati, že forma vindexa automaticky vystupujícího byla připravena institucí vindexa smluvního, tak patrně v prvotní manus iniectio trestní vindex podroboval se na základě smlouvy s věřitelem stavu bezprávnosti (sacertà) a pomstě, jíž byl podroben vinník.

Takto vytvořená zodpovědnost vindexova byla již garanční.

Další vývoj vidí Betti v tom, že sponse oddělila se od manus iniectio a byla applikována na garantování úmluv směřujících předem na vydání osoby, pak zaplacení peněz, a to předem peněz zapůjčených; restituce těchto peněz (aes alienum, debitum = dehibitum) bylo garantováno tím, že se stalo důvodem připojeného ručení osoby třetí. Tím se stalo „debitum" dalším elementem nové sponse, kdežto v původní sponsi elementu toho nebylo. Garant, odevzdav se do moci věřitelovy, nesubstituoval již osoby jiné (jako ve sponsi v trestní manus iniectio) ale určitou summu peněz. Jakmile bylo totiž připuštěno, že tělo ručitelovo sloužilo za surrogát peněz, pro případ jich nevrácení, musil býti podle autora připuštěn i obrácený princip, že tělo garantovo mohlo býti nahraženo peněžní summou rovnou multiplu zapůjčené. Garant si vyhražoval tudíž výkup tímto zaplacením.

V dalším vývoji podle Bettiho byla uznána vedle garancie věcné prostředkem sponse na osobách sui iuris s výhradou výkupu garancie věcná na res mancipii a osobách alieni iuris, založená nancipací. Fiduciární převod věci nebo osoby alieni iuris sloužil v tomto případě však nejen garancii věcné, ale i ponenáhlé amortisaci dluhu. Souběžné s těmito formami garancie na věcech a osobách alieni iuris povstala i analogická forma zodpovědnosti osob sui iuris, nexum. To spočívalo podle názoru autora v tom, že ten, jemuž byly formálně vyplaceny někým peníze, podroboval se uvěznění u tohoto, dávaje mu k disposici vlastní síly pracovní, aby tím zaplatil obdržené peníze.

Konečný vývoj jest podle Bettiho ten, že od uvěznění skutečného přešlo se k uvěznění pouze pomyslnému, potencialnému, vykonatelnému až exekucí, od solutio jako možnosti výkupu k solutio jako splnění subsidiarného dluhu určeného k odškodnění věřitele pro případ, že by se neuskutečnilo garantované faktum; od reálni sponse přešlo se k verbální; verbální solennitou přejímá sponsor garancii za splnění dluhu nebo vůbec uskutečnění se fakta (obého nevynutitelného).

Krátce se ještě zmíníme o názoru Bettiho na vývoj obligací z deliktu.

Východiskem jest mu smír mezi postiženým a delinquentem, jímž tento se podroboval jako „nexus" moci onoho za účelem garancie smluvené poeny. Od smíru smluvního došlo se k obyčejovému a zákonnému. Pravá obligace z deliktu, garanční zodpovědnost charakteru civilistického, vyvěrající přímo z deliktu, povstala teprve tehdy, když zákon uložil zaplacení odškodného, zvykem ustáleného. Tak se dospělo z primitivní možnosti výkupu k právní povinosti (dluhu) peněžního odškodnění. Od té doby, co vznikla pravá obligace z deliktu, delinquent není prostě vydán pomstě, ale jest „obligatus" t. j. někdo, jehož fysická osoba (nebo jmění) právně má sloužiti za uspokojení věřiteli na místo penězitého odškodnění. Delinquent nepodstupuje

exekuci prostě proto, že spáchal delikt, ale proto, že delikt svázal jej poutem, jež nebylo rozvázáno.

To jsou hlavní thése učení Bettiova. Ježto se jedná o problémy velmi subtilní a nesnadné, byl podán — snad proti zvyku — přehledný, celkový a pokud jen možno úplný postup myšlenkový uvedených autorů, arciť namnoze s opominutím systematického uspořádání látky, pokud toho vyžadovala přehlednost; tím snad též vystoupila dosti plasticky různost nazírání obou romanistů.

Aby si připravil půdu pro svou theorii, Betti snaží se vyvrátiti učení o charakteru mezinárodním a funkci trestní primitivní obligace. Popírá, že mezi deliktem v poměrech mezinárodních (mezigentilických) spáchaným a válkou, jím vyvolanou, by byl vztah bezprostřednosti, neodvratitelnosti, ježto prý vedení války se opírá o jiná kriteria — politické vhodnosti a síly vojenské. Funkci primitivní války považuje za exekuční, nikoli trestní. Než naproti tomu se dá namítnouti, že i soukromná odveta jest věcí oportunity a moci, a přece má funkci trestní sankce; v obou případech, ať jde o delikt v poměrech mezinárodních, či o delikt v poměrech soukromných, nese kmen resp. delinquent risiko války resp. odvety. Též tvrzení o funkci exekuční — a nikoli trestní — primitivních válek sotva odpovídá skutečnosti.

Betti tvrdí, že stav spoutanosti, v němž se nalézá vinník, jest čistý následek deliktu, trest, nikoli něco, co vzchází z *obligace* z deliktu.

Nuže držíme-li se učení o původním charakteru mezinárodním římské obligace, bude obraz jiný. Stav spoutanosti delinquenta — zevně viditelný výraz obligace — není prostý následek deliktu, nýbrž následek deliktní obligace vlastního kmene. Že tato konstrukce není něco naprosto nemožného, soudil bych z klassického institutu noxae deditio. V klassických textech (na př. D 39, 6, 18, 3, D 50, 16, 174) jest otrok, dopustivší se deliktu, nazván noxae nomine *obligatus*. Jeho postavení po odevzdání postiženému jest identické s postavením delinquenta vydaného vlastním kmenem kmenu nepřátelskému. Arciť v citovaných místech slovo, „obligatus" neznačí spoutání materielní, nýbrž jen pomyslné, potenciální s možností vysvobození majitelem moci, kdežto primitivní obligace vyšla od spoutání skutečného. Servus noxae nomine obligatus není spoután (potencielně) následkem deliktu, nýbrž následkem obligace pánovy z deliktu otrokova. Jest podotknutí, že otrok nemá vlastního jmění a tudíž právní možnosti zaplatiti „poenu", on jest „obligatus" pouze tak, jako byl „obligatus" delinquent t. j. za současné zodpovědnosti jiného (majitele moci, svého kmene). Tedy zodpovědnost byla původně oddělena od zevně ji vyznačujícího stavu spoutanosti. Ježto však ponenáhlu se uznávalo, že spoutaný má možnost vysvoboditi se smlouvou s postiženým, začalo se více hleděti na stav spoutanosti s možností výkupu než na doprovázející jej zodpovědnost skupiny, jíž spoutaný náležel, a to tím více, čím více tyto skupiny ustupovaly suverenitě jediné obce. Stala se pak spoutanost delinquentova zevním výrazem jeho vlastní zodpovědnosti za zaplacení poeny.

Buď jak buď, obligace z kontraktu byly pozdější než obligace z deliktu. Tvrzení, že by byl dal vzniknutí jim vindex, jako prehistorický intercedent

v prehistorické proceduře trestní per manus iniectionem, zdá se býti přes duchaplnost konstrukce i argumentů geniální, než málo pravděpodobnou hypotesou. Pochybuji též, že nexum, jež má v konstrukci Bettiho dosti podřízenou funkci, hrálo v processu vývoje, jež nás zajímá, takovou úlohu, jakou mu Betti přisoudil.

Roma 28/1 1920. *Dr. Jan Vážný.*

Der Gnomon des Idios Logos bearbeitet von *Emil Seckel* und *Wilhelm Schubart.* (Ägypt. Urkunden aus den staatlichen Museen zu Berlin, Griech. Urk. V. 1). Berlin, Weidmann, 1919. 44 str. Erster Teil: der Text von Wilh. Schubart.

Již v r. 1913 bylo v úředních zprávách z král. uměleckých sbírek berlínských známo, že se podařilo získati pro tamnější sbírku papyrů velký svitek papyrový (P. 11630 = ns. 1210), v Egyptě nalezený, na jehož rubu jest rozsáhlý a dobře zachovaný, pro dějiny práva římského nad jiné důležitý text řecký, podávající ve více nežli sto paragrafech právní pravidla římská z polovice 2. století po Kr., jež činí jakousi instrukci pro jednoho z nejvyšších římských úředníků v Egyptě, zvaného idios logos. Původně bylo zamýšleno vydati jednotně text s komentářem juristickým a historickým. Jelikož komentáře tyto posud hotovy nejsou, rozhodla se příslušná komise, uveřejniti prozatím jako první, *Schubartem* vypravenou část edice, alespoň text s německým překladem. Text tento, jenž po alexandrijských *Dikaiomata* v Pap. Hal. 1 z polovice 3. století před Kr. (viz Sborník 16, 54 ns.) jest nejdůlejžitějším právnickým textem papyrovým, jejž vůbec máme, jest pak nejnověji otištěn též v právě vydané sbírce P. M. *Meyera*, „Juristische Papyri“ (1920), o níž se referuje doleji, a to se samostatným volným překladem německým nebo stručným výkladem jednotlivých míst a s četnými vysvětlivkami.

V *úvodu* listiny označuje se tato jako „γνώμων“ (= měřítko, tarif), stanovený pro správu idioslogu. Výraz ἴδιος λόγος pak znamená především z doby ptolemejské převzatý „zvláštní účet“ pokladny státní, pojímající všecky nepravidelné příjmy státní. V čele jeho správy jest vrchní nezávislý úředník říšský, jenž sám také bývá zván ἴδιος λόγος nebo idiologus (sr. *Plaumann*, Der Idios Logos, Abh. Preuss. Ak. d. Wiss. Phil. Hist. Kl. 1918 č. 17; *týž* u Pauly-Wissowa RE XI 882 ns.). Slovem γνώμων rozuměti jest služební instrukci pro přednostu (idiologa), jež pojímá všecky položky onoho účtu. Gnomon pro správu idioslogu, pocházející ve svém základě od císaře *Augusta*, byl časem rozšířen císaři (uvedeni jsou v textu zvěčněli císařové *Vespasian*, *Trajan* a *Hadrian*, jakož i vládnoucí císař *Antoninus Pius*), senatem, místodržícími nebo i idiology. Podobu, ve které se nám zachoval, vzal na se za císaře *Antonina Pia*, a to mezi 145 a 161 po Kr. Nejde tu ovšem o úplný Gnomon, nýbrž pouze o výtah na jazyk řecký přeložený, jenž, ovšem, jak se v něm samém uvádí, podává struČně hlavní kusy instrukce. Obsaženy jsou v krátkých odstavcích počtem 121, jež až do § 80 včetně jsou označeny číslicemi již v papyru samém.

Idios Logos pojímá všecky nepravidelné příjmy státní, v příčině jichž není možný státní rozpočet. Nejdůležitější položkou jest tu zabírání celých majetků jako jsou bona vacantia, caduca a damnatorum. I zabývá se v gnomonu velký počet paragrafů (§§ 1—35. 112) s *právem dědickým* a souvisle s ním s *právem manželským*. Hned § 4 vyslovuje stručně známé pravidlo, že pozůstalost po osobách, které zemřely, nemajíce ani zákonného ani testamentního dědice, připadá fisku (sr. Ulp. fr. 27, 7; Jul. D. 30, 96, 1). Zásada tato, zároveň pak ustanovení o caducorum vindicatio vysvětlují, že v gnomonu podává se poučení o podmínkách platného zřízení závětí, o povolání k intestátní posloupnosti dědické, hlavně pak o způsobilosti býti poděděnu a způsobilosti k nabytí dědictví z testamentu nebo ze zákona. Nebo právě nezachování předpisů pro platné pořizování na případ smrti a jiné nedostatky dědění byly správě fiskalní vítanou příležitostí pro obohacování státního pokladu. Podle antického principu personality práva pak, jímž ovládáno bylo zvláště právo dědické a rodinné, platila v území římském vedle sebe *různá práva národní*. V římském Egyptě pak obývali krom jiných, zvláště židů, o nichž gnomon se nezmiňuje, příslušníci tří národností, vládnoucí třída římských občanů, jimiž byli zatlačeni Řekové, páni země v předchozí době ptolemejské, na místo druhé, domorodí Egypťané pak na místo třetí. Pestrost práv dědických a rodinných byla pak ještě rozmnožena tím, že zde na váhu padalo také roztřídění svobodných na osoby ve svobodě zrozené a na propuštěnce a rozvrstvění těchto na další, různé stavy. Jak tyto *národnostní a stavovské protivy* se projevovaly v právním životě egyptském 2. století po Kr., staví náš papyrus ve světlo nejjasnější.

Pro *občany římské* a jen pro ně platí v právu dědickém veskrze římské ius civile. I setrvává ještě gnomon (§ 8) na tom, že „Římanu není dovoleno psáti řeckého testamentu" a prohlašuje římský testament, který by obsahoval výhradu řeckého dodatečného pořízení kodicilarního, za neplatný. Změnu zavedl teprve edikt císaře *Alexandra Severa*, dovoluje Římanům v Egyptě testovati po řecku (Pap. E. R. 1502 z r. 235; sr. *Mitteis*, Röm. P. R. I. 282), kdežto všeobecně pro celou říši bylo to dovoleno teprve zákonem *Theodosia* II. r. 439 (C. 6, 23, 21, 6: Etiam graece omnibus liceat testari). V § 18 gnomonu pak uvádí se, že fiduciarní dědictví Řeků ve prospěch Římanů nebo Římanů ve prospěch Řeků byla zabírána od císaře *Vespasiana*. Odchylkou od zásady uvedené v § 8, bylo podle § 34 *vojínům* dovoleno pořizovati na případ smrti jak v římských tak i v řeckých testamentech a užíti slov kterýchkoli (sr. caput ex mandatis v D. 29, 1, 1 pr.: „faciant testamenta quo modo voent, faciant quo modo poterint"), ale s dvojím omezením. Jednak mohli tak činiti pouze ti, kdož byli na válečné výpravě nebo se z ní vraceli, což shoduje se sice s ustanovením Justinianovým, že testamentní privilegia his solis indulgeri, qui in *expeditionibus occupati* sunt (C. 6., 21, 17; cf. I. 2, 11 pr.), nikoli však s právem klassickým, podle něhož již ex eo tempore quis iure militari incipit posse testari, ex quo in numeros relatus est (Ulp. D. 29, 1, 42). Jednak může vojín způsobem tím zůstaviti něco pouze kmenovci (ὁμόφυλος).

Pro *Řeky* neplatí naveskrz jednotné právo dědické. Gnomon zmiňuje se v §§ 5 a 6 o dědickém právu *Alexandrijském*, z něhož pozoruhodné jest

ustanovení, že občan Alexandrijský nemůže své ženě odkázati, je-li manželství bezdětné, více nežli čtvrtinu svého jmění, jsou-li tu však děti, ne více, nežli odkáže každému synu. Vedle toho se uvádějí zde některá ustanovení dědického práva platného pro občany jiných městských obcí (*ἀστοί* a jejich propuštěnce (§§ 9. 10. 13. 14.), jmenovitě předpis, že ani občankám těchto měst ani ženám od nich propuštěným není dovoleno zřizovati testamentu (§ 15), dále též zvláštní dědické právo platné pro ženy z obce *Krene* (§ 11: žena z Krene nedědí po svém dítěti; § 12).

Pro testamentní způsobilost *propuštěnce* bylo podle práva římského rozhodným, zdali on manumissí se stal civis Romanus nebo Latinus Iunianus nebo dediticiorum numero (Gai. 1, 12; Ulp. 1, 5; Dosith. 4). K nabytí římského občanství propuštěncem pak bylo potřebí, aby byl starší 30 let, aby byl propuštěn od toho, kdo byl jeho dominus ex iure Quiritium, a to iusta ac legitima manumissione (Gai. 1, 17). O první podmínce zmiňuje se i gnomon § 19). Nedostatek její nevadil, když otrok mladší 30 let byl propuštěn vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata (Gai. 1, 18), což patrně má na mysli také gnomon v § 21. Nebyla-li při manumissi splněna jedna z nahoře uvedených tří podmínek, stal se propuštěnec Latinus Iunianus (Gai. 1, 17; Ulp. 1, 10. 12. 16.). Co těmto Latinům bylo zůstaveno testamentem, nemůže jimi býti nabyto (Gai. 1, 23. 24; Ulp. 22, 1) a zabaví se (Gnomon § 19). Latini Iuniani byli též nezpůsobilí učiniti posledního pořízení (Gai. 1, 23) a, co by jimi bylo způsobem tím někomu zůstaveno, zabaví se rovněž (Gn. § 22). Pakli by však zemřeli nezanechavše testamentu, „dává se jejich jmění jejich patronům a synům, dcerám a dědicům těchto“ (Gnomon § 22; sr. Gai. 3, 56–64). Gnomon vzpomíná pak v § 20 i třetího druhu propuštěnců, totiž těchto, kdož, jsouce otroky, byli potrestáni potupným trestem („řetězy“). Propuštěním dosahují pouze nejnižšího stupně svobody, jsouce deditiorum numero (Gai. 13—15; Ulp. 1, 11). Co jim bylo zůstaveno posledním pořízením, nemohou nabýti (Gai. 1, 25; Ulp. 22, 2) a zabaví se (Gnomon § 20).

Ustanovení o *caduca* mají svůj původ hlavně v leges Iulia et Papia Poppaea. Podle zákonů těchto caelibes nemají vůbec ius capiendi, t. j. nejsou způsobilí nabývati z posledního pořízení, orbi pak mají ius capiendi jen k polovici zůstaveného (Gai. 2, 111. 114. 286. 286a) a jest zvláště upraveno vzájemné ius capiendi mezi manžely (Ulp. 15. 16). Čeho pak nenabyl non capiens, stává se zpravidla caducum, jež za určitých okolností spadá na stát. I pojednává gnomon o případech takového zabavení pro fiskus v řadě paragrafů (§§ 27. 28. 30—33). Prohlašuje-li se v § 27 a 28 gnomonu 60letý Říman a 50letá žena všeobecně za incapaces, jest to cizí samým zákonům Juliovu a Papiovu, ale snad jen užitím nebo i rozšířením pravidla ex senatus consulto Perniciano (33 po Kr.), podle něhož muž, oženivší se teprve po 60., a žena, vdavši se teprve po 50. roce, neosvobozují se od pokut celibatu (Ulp. 16. 3). Jiné různé modifikace známých předpisů podávají § 28, podle něhož žena mladší 50 let jest capax pouze, má-li, jsouc ingenua, 3 děti, jsouc libertinu, 4 děti, a §§ 30 a 32 ustanovující, že dědictví, jež zůstavují se neprovdaným a bezdětným ženám římským s majetkem 50.000 sesterců se zabaví; Římané pak že nedědí, mají-li více než 100.000 a jsou-li zároveň

neženati a bezdětni. § 31 pak, uváděje, že Římance jest dovoleno manželovi svému odkázati $^1/_{10}$ svého jmění, vytýká jen jeden z předpisů Juliovo-Papiových, zvaných leges decimariae [Ulp. 15, 1: vir et uxor, inter se matrimonii nomine decimam capere possunt]. Záhadný jest § 33 gnomonu, uvádějící, že Římance není dovoleno odkazovati přes t. zv. quae emptionem. §§ 24 a 25 vztahují se k případům, kdy dos, která by jinak po rozloučení manželství smrtí manželčinou zůstala manželovi (Ulp. 6, 4. 5: Mortua in matrimonio muliere . . . adventicia dos semper penes maritum remanet), jest caducum, což má nastati, když žena starší 50 let se provdala za mladšího 60 let [Ulp. 16, 4: Si maior quinquagenaria minori sexagenario nusperit, inpar matrimonium appellatur et senatus consulto Calvisiano iubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dotes itaque mortua muliere dos caduca erit; sr: Pap. D. 22, 2, 61; C. 6, 58, 12, 2]. S tím se srovnává, čteme-li v § 24, že věno, které bylo dáno od ženy starší 50 let římskému manželovi pod 60 lety, zabaví po její smrti fiskus. Ale novotou jest pravidlo § 25, že fiskus zabaví také to věno, které se dává od ženy pod 50 lety mužovi přes 60 let. § 23 připomíná, že Římanům není dovoleno pojmouti v manželství svých sester ani svých tet, ale ovšem dcery bratrovy, což - vše se úplně shoduje s Gai. 1, 61—63, a poznamenává, že *Pardalas* (idiologus za Hadriana), když sourozenci učinili sňatek, zabavil majetek. Velmi zajímavá jest zpráva § 29 o *dani panenské:* Civis romana ingenua nebo libertina s jměním 20.000 sesterců platí, dokud jest svobodnou, jedno ze sta ročně. Pozoruhodné jest též ustanovení § 112, že zemřou-li castrati nebo spadones bez testamentu, zabaví se celé jmění; zřídili-li však testament, zabaví se dvě třetiny, jedna třetina pak ponechá se kmenovcům, jimž byla odkázána. Konečně zabaví se podle § 17 též, co bylo zanecháno na oběti za zůstavitele, není-li zde více osob, které by se toho ujaly.

O *bona damnatorum* jedná § 36 gnomonu, uváděje nejprve pravidlo práva římského, podle něhož každá poena capitis má v zápětí konfiskaci celého majetku. Ale dětem odsouzených ponechává se desátá část, ženám jejich věno záležející v penězích. Jim samým pak ponechával *Antoninus Pius* jednu dvanáctinu. Úplná nebo částečná konfiskace majetku nebo jiné pokuty pojily se také k provinění se proti normám upravujícím status osoby. Především se uvádí (§ 37), že úředníci, kteří normy tyto porušili v úřední činnosti, byli potrestáni jeden čtvrtinou svého majetku, druzí polovinou, jiní zase celkem. Více paragrafů pak obsahuje poučení o tom, jak určuje se status osoby, v případě tom, když zrozena byla z *manželství smíšeného.* V úvahu zde přichází lex Minicia nařizující, ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi (Ulp. 5, 8; Gai 1, 78 ns.). Toho jest užito v gnomonu především na smíšená manželství městských občanů (ἀστοί): Děti pocházející od měšťanky a Egypťana zůstávají Egypťany, ale dědí po obou rodičích (§ 38); děti měšťanky a cizince (ξένος) stávají se cizinci, nedědí však po matce (§ 13); pojme-li městský občan za choť Egypťanku, zabaví po jeho smrti fiskus jmění k dřívějšímu nabyté, má-li však děti, jen ze dvou třetin (§ 45); měšťané pak, kteří se oženili s ostrovankami, jsou na rovni s těmi, kdož vešli v manželství s Egypťankami (§ 48); syn syrského otce a občanky, který si vzal za ženu Egypťanku, byl odsouzen k určité částce (§ 51). Rovněž

platilo podle § 57, že při Paraitonionských, kteří vcházejí v manželství se ženami cizozemskými nebo egyptskými, děti následují nižší kmen, podle § 49 pak propuštěným od Alexandrijských není dovoleno oženiti se s Egypťankou a zabral podle § 50 *Norbanus* jmění propuštěnky městského občana, která počala od Egypťana, kdežto *Rufus* je dal dětem. Pro *erroris cause probatio* (Gai 1, 67: Si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civemRomanam esse crederet, et filium procreaverit, . . . ex senatus consulto permittitur *causam erroris probare*, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt; sr. Gai 1, 66—75) skytá gnomon nové doklady: Římanům a městským občanům, kteří pojmou za manželky Egypťanky, pokládajíce je omylem za sobě stavem rovny, bylo přiznáno zároveň s beztrestností i to, by děti řídily se stavem otcovým (§ 46); rovněž není zodpovědnou měšťanka, která provdá se za Egypťana, majíc jeho omylem za měšťana. Zadají-li-pak oba listinu o zrození dítek, zachová se dětem právo občanské (§ 47).

Těžké pokuty majetkové jsou stanoveny na *osobování* sobě nebo přisvojení jinému *nepravého osobního stavu*, zvláště pokud jde o status civitatis. Rozhodování v té věci přísluší místodržícímu (§ 40). Tomu, kdo zdvihne ze smetiště mužské dítě, zabaví se po smrti čtvrtina jmění (§§ 41, 107). Ztrátou čtvrtiny majetku pokutují se dále, kdo pojmenují sebe v obchodě nepravým způsobem i ti, kdož vědouce to účastnili se toho obchodu (§ 42), zvláště Egypťané, kteří po smrti svého otce jej označili písemně jako Římana (§ 43), nebo Egypťanky, které, provdavše se za vojíny čestně propuštěné, označují se v obchodě jako Římanky (§ 53), nebo vysloužilci neobdrževší honestam missionem, kteří stejným způsobem vedou si jakoby byli Římany (§ 56). Egypťanu pak, který by přihlásil písemně syna jako bývalého epheba, zabaví se šestina jmění (§ 44).

§§ 58—63 odnášejí se k pokutám pro *opomenutou* nebo neúplnou *přihlášku* k (14letému) *censu* provinčnímu. Ti, kdož k soupisu obyvatelstva nepřihlásili sebe a členy domácnosti písemně, pokutují se čtvrtinou majetku, pak-li přihlášky opominuli po druhé, další čtvrtinou (§ 58, 59). Opomenul-li kdo písemně přihlásiti otroků, ztrácí otroky, potomstvo jejich však podrží, nemá-li jiného jmění (§ 60, 61). V poli meškající nejsou pokutováni za nepřihlášení se, ale ovšem musí se z toho zodpovídati ženy a děti (§ 62).

V §§ 64—69 jedná se o pokutách postihujících ty, kdož vyjíždějí bez úředního povolení a *cestovního pasu* nebo bez nich vyvážejí otroky. Kdož by si vyjeli bez povolení a pasu, pokutují se třetinou jmění, vývoz otroků bez cestovního pasu pak zabavením jejich. *Provinčním úředníkům* jsou v území, ve kterém konají službu, *zakázány* jisté *obchody*. Gnomon uvádí jako zapověděné koupě a prodeje i poskytnutí zápůjček, předsevzaté od úředníků samých nebo jejich příslušníků nebo od osob jimi nastrčených a rovná se tu peněžná pokuta hodnotě koupeného nebo tržní ceně nebo zapůjčené částce (§ 70). Caesarianům, t. j. podúředníkům fiskálním (sr. *Hirschfeld*, Die kaiserl. Verwaltungsbeamten, 472, 3) není dovoleno nabývati čeho z dražeb zabavených věcí (§ 109), vojákům pak bylo zakázáno, aby nenabyli nemovitého majetku v provincii, ve které konají službu (§ 110).

Idiologovi příslušel též vrchní *dozor nad kněžy a bohoslužbou* v Egyptě (sr. *Plaumann*, u. m. 37 ns.). I zabývá se tímto odborem v gnomonu souvislá řada paragrafů (§§ 71—97), v nichž i zde v popředí stupuje prospěch fisku. Vyšší úřady kněžské se prodávají pro státní pokladnu (§§ 78, 80). Velmi četné jsou peněžné pokuty fiskalní, jež postihují kněze pro zanedbání jejich povinností služebních nebo porušení starobylých předpisů o kroji kněžském, z nichž se zase a zase vytýká, že kněžím není dovoleno nositi vlněných šatů nebo nechati si růsti vlasů (§§ 71, 74—76).

§ 98 vyměřuje za maximum fiskalní pokuty pro nesplnění písemné smlouvy 500 drachem, §§ 100 a 101 pak uvádějí peněžné tresty (100, 50 drachem) pro nesprávný postup soukromých notářů při vypravení listin. Podle § 102 jest gymnasiarchům Alexandrijským dovoleno, dovážeti potřebný jim olej z ciziny, musí však přebytek prodati za běžnou cenu, jinak by jim olej byl odebrán a oni byli pokutováni 20 talenty. Zvláštní omezení zápůjčky a smlouvy takové stanoví §§ 103 a 104: Není dovoleno dávati zápůjčky na tekutiny (!), aniž prodati plodů na stojatě. Těžce tresce se lichva úroková: Těm, kdož dávají zápůjčky na úrok přesahující výši 12%, zabaví se polovina majetku, těm pak, kdož berou tyto zápůjčky, čtvrtina (§ 105). § 108 pak připomíná zákaz spolčovací, uváděje, že členové spolku byli odsouzeni k pokutě po 50 drachmách, někdy však pouze přednostové jeho.

K vydanému textu připojeny jsou seznamy slov a jmen a tabule se světlotiskem, podávajícím nejlépe zachovanou kolumnu papýru (§§ 33—40).

L. Heyrovský.

Paul M. Meyer, Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde. Berlin, Weidmann, 1920. Stran XX a 380.

Kniha tato sleduje, jak autor její, osvědčený badatel na poli papyrologickém, sám uvádí, jiné cíle nežli základy budující, nové období bádání papyrového spolu zahajující dílo *Mitteisovo*, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, 2. svazek: díl juristický (1. polovice: základy, 2. pol.: chrestomathie) z r. 1912, o němž obšírnou zprávu nám podal *O. Sommer* ve Sborníku XII. str. 203—216. Má především sloužiti právníkům bez předchozího papyrologického vzdělání, jakož i historikům a filologům k uvedení do právnického papyrosloví. K tomu konci podává dílo soustavně spořádaný výběr nejdůležitějších a nejvíce poučných papyrů právnických s latinskými texty na 3 dřevěných diptychech (o nichž sr. Sborník VII 296 ns.) a listinu pergamenovou z Kurdistanu o koupi z 88 př. Kr. (sr. *Mitteis* S Z, 36, 425 ns.). Při výběru listin snažil se vydatel, by podal co nejvíce takové texty, kterých chrestomathie *Mitteisova* neobsahuje; jest jich ze 96 listin 50. Především hleděl k papyrům, uveřejněným nově od r. 1912. Mezi nimi jsou dva nejdůležitější právnické texty papyrové, jež se vůbec na nás dochovaly, alexandrijské zákony a nařízení na Pap. Hal. 1 z polovice 3. století př. Kr. (sr. o těchto „Dikaiomata“ Sborník XII 203 sn.) a právě uveřejněný berlínský Gnomon idiologův (sr. referát nahoře podaný). Z Pap. Hal. 1 otištěny jsou tři zvláště důležité kusy pod různými záhlavími: pod čís. 74 lin. 24—48 o za-

lobě z křivého svědectví, pod čís. 55 lin. 79—114 o právu sousedů a pod čís. 70 lin. 186—213, odnášející se k žalobám pro urážku. V dodatku pak pod čís. 93 otištěn jest celý gnomon idiologa i opatřen volným překladem německým i mnohými velmi cennými vysvětlivkami nebo i souvislými výklady.

Vhodně vybrané texty spořádány jsou, jak již napověděno, systematicky. Látka jest rozvržena A. na právo osobní, v němž zahrnuto i právo dědické, B. na zařízení listin, C. na právo obligační, D. právo věcné, F. právo trestní a G. právo procesné. Pododdělení, v něž se zase rozpadají tyto oddíly, bývají zahájena úvody, pojednávajícími souhrnně o té oné instituci, ke které se odnášejí zařaděné listiny. Velmi poučné výklady tyto, opatřené hojnými doklady z pramenů a z literatury, zabírají mnohdy více stránek, což platí zvláště o výkladech odnášejících se k právu manželskému a dědickému, k listinám, k smlouvě kupní, k dluhopisům a listinám exekučním a s těmito souvisejícímu řízení upomínacímu a exekučnímu, k právu zástavnímu i k právu procesnému. Jednotlivé texty listinné pak, jež umístěny jsou za těmito úvody, bývají zase vysvětlovány v celku (disposicí, dolíčením skutkové podstaty, parallelami a udáním literatury) i v podrobnostech.

V čele díla postaven jest seznam (I.) nejdůležitějších vydání listin papyrových a jinakých právnických listin (se zkratkami) i seznam (II.) užité literatury. Závěrek díla činí obšírný seznam řeckých slov a latinský a německý rejstřík slovný a věcný. *L. Heyrovský.*

Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Akademie der Wissenschaften in Wien; Philos. hist. Klasse; Sitzungsberichte, 184. Band. 1. Abh. — Vídeň 1917, 252.

Justinianův zákon z r. 529, zachovaný v C. 9, 44, 3, nařizuje, že criminales causae mají býti skončeny nejpozději intra duos annos a *contestatione litis* connumerandos. Tato *litis contestatio práva trestního* byla v novější literatuře posud zanedbávána. Sám *Mommsen* přestává ve svém Römisches Strafrecht (1899), str. 392 ns. (k tomu str. 67. 333. 488), podstatně na projevu, že kriminalní litiskonstestace zjevuje se teprve v pravovědě doby severovské a následující a vysvětluje se pro tuto dobu zavedení tohoto pojmu velmi dobře, ježto vztažení majetkových pokut na dědice osoby, za trvání procesu zemřelé, vyhovovalo zájmům fiskalním. Hollandský učenec I. C. *Naber* pak v Mnemosyne, N. S. 28 (1900) str. 440 ns., spatřuje v oné kontestaci ustavení sporu dvoustranným jednáním proucích stran, tedy pravou litiskontestaci ve sm. starého a klasického práva soukromého Římanů. Nebo podle nauky, která v dnešní vědě se víc a více ujímá, zakládá se ještě klasický civilní proces s formulemi na smlouvě procesných stran, od magistrata povolené, podle jejichž předpisů jest povolána k vyšetřování a rozhodování osoba soukromá, přijatá za soudce od proucích samých a jmenuje se proto tento proces právem *iudicium privatum*. Bylo skutečně také akusačnímu řízení trestnímu Římanů *(iudicium publicum, quaestio)* nezbytným podkladem dvoustrané jednání spor určující? V otázce té promluviti rozhodné slovo byl před jinými povolán autor přítomné stati jako badatel, jenž je hlavním původcem onoho nového názoru na římský proces civilní.

V I. odstavci stati (str. 6—30) sp., porovnávaje předchozí řízení v procesu soukromém a kriminalním, dospívá k tomuto výsledku. Co v iudicium privatum jeví se jako procesný účinek litiskontestace: vázanost na určitý program (stanovící, kdo jest žalobcem, kdo žalovaným a která sporná věc předmětem procesu) a vyloučení opozděných obran, vrací se nepochybně ve veřejném řízení trestním způsobem dosti podobným. Ale skutková podstata, na kterou se zde navazují účinky, nejmenuje se nikdy litis contestatio, nýbrž u Cicerona podle jednoho výroku *nominis delatio*, v níž zahrnuje se causa subscripto a k oné přistupující *nomen accipere*, podle jiného výroku causae subscriptio spolu s nomen acceptum, u Ulpiana pak příhoda ta, že obviněný jest *inter reos receptus* (D. 48, 5, 16, 7), t. j. jméno jeho je zapsáno v seznamu obžalovaných. Kdežto pak k litiskontestaci práva soukromého potřebí jest souhlasného jednání obou sporných stran a jest tedy tato litis contestatio úkonem dvoustranným, jeví se nomen (nebo reum) deferre, na místo něhož za císařství nastupuje častěji inscriptio nebo subscriptio, pouze jednostranným úkonem obžalobcovým. Tím jest také odmítnuta abnormní myšlenka, že by veřejné stíhání trestní v Římě tedy bylo býválo závislé na přisvědčujícím prohlášení obviněného.

Pod čís. II. str. (30—36) jedná se o *vylučovacím účinku liteskontestáce a obžaloby*. Litis contestatio procesu soukromého vyznačuje se svým účinkem vylučovacím: vykonaly-li strany jednou litiskontestaci, nemá tatáž věc býti předmětem druhého procesu. Také pro řízení trestní stalo se opatření, by zamezilo se opakování procesů o téže věci. Ale účinek vylučovací byl zde navázán ne již na založení procesu kriminalního, nýbrž teprve na skoncování prvního procesu *rozsudkem*. Nezbytným doplňkem tohoto sporu jest obrana vzešlého sporu (litispendence), pro níž v klasickém procesu soukromém místa není. V řízení trestním však pokládá se spor v tomto smyslu za vzešlý, již jakmile se stala skutkem nominis delatio a receptio. Dokud pak spor není rozhodnut, nesmí pro tutouž věc nikde vznesena býti obžaloba. Také různé *vedlejší účinky obžaloby*, o nichž jedná sp. pod č. 33. III (str. 36—38), neupínají se na úkon, který by se podobal dvoustrannému určení sporu, nebo dokonce jmenoval se litis contestatio, nýbrž všude jen na postulatio nebo delatio.

Předmětem výkladů pod čís. IV (str. 38—57) jest *kriminalní ustavení sporu I, C. Nabra jeho podstata a forma i kritika této nauky. Naber* pokládá kriminalní litiskontestaci za starý útvar. Umísťuje ji v přípravném řízení za accusatio a nechá za ní následovati magistratovo recipere inter reos. Forma její byla ta, že mezi přítomnými stranami byl předsebrán actus, quo se reum facit is, cuius nomen defertur, kterýžto úkon, srovnávající se úplně se solemnitas privati iudicii accipiendi, proveden byl prý skrze *mutua subscriptio stran*. Dostatečného důkazu z pramenů pro toto dvoustranné ustavení trestní rozepře v podobě mutuae subscriptionis stran *Naber* opatřiti si nedovedl. Dovolává-li se pro civilní proces per concepta verba Plin. ep. 5, 16, lze s *Wlassakem* svědectví to vyvrátiti poukazem na to, že ono nevztahuje se vůbec k procesu s písemnými formulemi, nýbrž k legis actio sacramento doby císařské a to nikoli k určení právní rozepře, nýbrž k přijetí soudu nález činícího. Co se však dotýče svědectví čerpaného z BGU 611 I, kde zkomo-

lená lin. 10 podle *Nabra* má se čísti: [accusatorum] artes qui subscripto iudicio cum [reis], nelze doplňků těchto nijak pokládati za zjištěné.

V V. odstavci (str. 53—71) sp. zabývá se s *požadavkem soudní přítomnosti obviněného v řízení přípravném.* Proti *Nabrovi* uvádí a prokazuje pádnými důvody, že staršímu procesu akusačnímu požadavek ten byl cizí a že teprve za císaře Trajana se setkáváme se zásadou: absentem in criminalibus *damnari* non debere a zase později, teprve zákonodárstvím Severů, bylo jak odsouzení tak i vznesení obžaloby za nepřítomnosti obviněného nadobro zapověděno, kterážto novota však ani pak neplatila pro nepatrnější věci trestní. Že by výjimku z tohoto požadavku nařizovala, jak *Naber* zastává, C. 9, 9, 14, nesrovnává se s pravdou. Pod VI (str. 72—83) sp. přesvědčivě vykládá, že *Gordianova vynesení v C. I. 9, 9, 14 a 15 stanoví pouze bydliště obviněného v době započetí procesu jako důvod soudní příslušnosti.*

Promlouvaje v oddíl. VII (str. 83—99) o *starším řádu pro inscriptio s následující subscriptio a novějším právu o inscriptiones*, sp. zjišťuje, že stará (nominis) delatio, jež byla již základem republikanské quaestio publica, zůstala jím býti v akusačním procesu trestním i po celou dobu císařskou. Nastaly však změny terminologické. Bylo-li za principatu velmi obvyklým mluviti místo o delatio o inscriptio a subscriptio, znamená v poklasických nařízeních slovo inscriptio, jak sp. jasně prokazuje, skoro naveskrz zápis, zahajovací postulaci pouze doprovázející, jímž obžalobce béře na se nebezpečí odvety a slibuje provedení procesu.

Pod čís. VIII (str. 99—110) sp. podniká vysvětliti výrazy *„crimen inchoatum“ a „accusatio coepta“ v císařských vyneseních 3. a 4. století.* Podle C. Th. 9, 36, 1, 2, 9, 16, 2, accusatio coepta značí reum deferre sub inscriptione a jest uskutečněna tím, že k první deferující postulatio přistoupily zavazující zápisy obžalobcovy. Jsou-li tyto úkony provedeny, jest tím dán začátek procesu obžalovacího; tento pokládá se nyní za zahájený. Odtud padá též jasné světlo na crimen (= trestní proces) contra adulteram inchoatum u Gordiana v nahoře dotčené C. 9, 9, 14. Lze nyní se sp. bezpečně říci, že císař tímto výrazem nemínil nic jiného, než co v C. 9, 36, 1 značí accusatio coepta. Naproti tomu jest obvyklý výklad, jenž v crimen inchoatum cit. C. 14 spatřuje kriminalní litiskontestaci, jak zcela libovolný tak i nejméně pravděpodobný. Pravidlo, spisovatelem v reskriptech Gordianových nalezené, že základem soudní příslušnosti ve věcech trestních jest bydliště obviněného v době, kdy obžalobce poprvé proti němu na soudě zakročil, nesrovnává se ovšem úplně s pravidlem procesu soukromého, vysloveným od *Marcella* (D. 5 1, 10): Ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet, máme-li na mysli, že právník jedná zde o litiskontestaci (iudicium acceptum) a teprve s tímto úkonem spojuje účinek určující soud procesný s konečnou platností. Ale v úvahu přichází tu ještě jiné odchylné rozhodnutí, výrok *Ulpianův* v D. 5, 1, 7: Si quis, posterquam *in ius vocatus* est, [miles vel] alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit quasi praeventus, podle něhož místní příslušnost soudní se posuzuje nikoli teprve podle doby litiskonteslace, nýbrž již podle doby obsilky. Sp. (str. 110—117) navrhuje nový, velmi důmyslný výklad, kterým se vymezuje fragmentu 7 a fr. 30 po

zvláštním poli a zachovává současná platnost pravidlu Ulpianovu a Marcellovu, čině pravděpodobným, že Marcellův výrok vztahoval se k soudnictví municipijnímu a jen, pokud šlo o určení příslušnosti věcné.

K důvodům, o které se opírá nauka, že kriminalní kontestace vyskytovala se za dob klasiků, náleží hlavně dvě místa pandektní: Modest. D. 48, 2, 20 a Macer D. 48, 16, 15, 5, jež se zmiňují výslovně o oné litis contestatio. K nim přidruženo bylo ještě třetí místo: Paul. D. 44, 7, 33. Vedle těchto míst pandektních bylo třeba zvláště zkoumati jen ještě tři konstituce císařské: Diocl. C. 4, 17, 1; Theodos II. a Valentinian III. C. 1, 7, 4,2 (= C. Th. 16, 7, 7) a v čele referátu uvedený zákon Justinianův C. 9, 44, 3. Rozbor a kritika všech těchto míst vyplňují valnou část přítomného spisu, zabírajíce odst. IX až XIII (str. 117—221). Podrobným probádáním jich sp. zjišťuje toto. Contestatio v Theodosiově-Valentinově zákonu z r. 416 (C. 1, 1, 7, 4) neznamená ustanovení rozepře, nýbrž osvědčení (testari sub publica testificatione: C. Th. 16, 7, 3) zcela jinakého obsahu (str. 121—125). Výměr Diokletianův v C. 4, 17, 1 a uvedená v něm litis contestatio odnáší se k určení sporu soukromoprávního (str. 125—142). Rovněž Paulus v D. 44, 7, 33, jednaje zde nepochybně o extraordinarním procesu trestním a mluvě při tom o lis contestata, myslil zajisté na litoskontestaci práva soukromého (str. 190—198). Lze tedy všecka tato tři svědectví nechati stranou. V Modestinově úryvku D. 48, 2, 20 pak, v němž se rozhoduje, že poena bonorum ademptionis nepřechází na dědice pachatelovy alias, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, jest „lis contestata“ interpolací. což podepřeno jest hlavně zdařilým důkazem spisovatelovým, že v právu klasické doby in iudicio publico učinil majetkovou pokutu dědičnou teprve *rozsudek* (str. 142—189). Podobně u Macer D. 48, 16, 15, 5, jsou slova „ante litem contestatam“ nepodařenou vložkou kompilatorů (str. 198—221). V Justinianské konstituci C. 9, 44, 3. pak jde skutečně o litiskontestaci řízení trestního a jest s ní spojen praktický účinek: od ní počíná se dlouholetá doba, ve které trestní proces musí býti skoncován.

V závěrečném odstavci XIV (221—233) umístěn jest stručný, ale velmi poučný, nad míru zajímavý *doslov*, dotýkající se důležitějších otázek, na které sp. pomýšlel dáti zevrubně odůvodněnou odpověď. Vytýká obzvláště *různost povahy procesu soukromého a veřejného*. Jako nezbytný podklad vyžaduje civilní řízení s formulemi ještě za dob klasiků právního jednání smluvného, připuštěného od vrchnosti a uskutečněného od *stran*, zastávajících svoje právo soukromé. Naproti tomutu iudicium privatum řízení quaestione zakládá se jednostraným jednáním obžalobce, jenž tu z pravidla hájí pouze prospěch obecný. Jelikož zde rozhoduje ochrana veřejného blaha, bývá odpůrce, v quaestio stíhaný, bez dalšího, i proti své vůli, donucován k procesu. Vnějším znakem pak tohoto řízení akusačního, jež podle účelu svého slove iudicium publicum, jest, že zde schází základní jednání dvoustranné, jímž karakterisuje se iudicium privatum. Záblesk tohoto rozpoznání shledává sp. ještě v I. 4, 18 pr., sdělaném asi podle klasické předlohy. Čteme zde: Publicia iudicia neque per actiones ordinantur *nec omnino quidquam simile* habent ceteris iudiciis, de quibus locuti sumus, magnaque diversitas est eorum et in *instituendis* et ni exercendis. Jako podání neobsahuje nejmenšího, co

by ukazovalo na nějaké donucení proti obviněnému k převzetí procesu, neví také ničeho o právních účincích kterýchkoli, jež by se byly spojovaly s předpokládanou litiskonstestací. Ba lze tvrditi ještě další. Všechny myslitelné účinky, které se dají připnouti k početí procesu, vzcházejí ze vznesení obžaloby nebo jiné události, která nemá nejmenší podoby s obapolným jednáním stran.

Ale jak vysvětliti nápadný zjev, že kompilatoři interpolacemi, Justinian pak svým zákonem zavedli litiskontestaci do trestního řízení 6. století? By dal uspokojující odpověď na tuto otázku, sp. rozhlédl se dříve po osudech, které měla litis contestatio procesu civilního v dobách poklasických. Úpadek a pozdější vyhlazení procesných formulí měly, jak vykládá přesvědčivě sp., nezbytně v zápětí, že zmizela klasická litis contestatio. Účinky byly navázány na jiné různé procesné události, jedny na tyto, jiné na ony skutkové podstaty, jež různily se velice od klasického iudicium edere a accipere, byť i jmenovaly se někdy nesprávně „litis contestatio". Když pak za Justiniana šlo o to, aby spisy římských právníků byly vtěleny do nové sbírky zákonné, vzešla otázka, zda-li má býti do civilního procesu této doby zavedena litis contestatio, která by se srovnávala s klasickou, nebo má býti do přečetných textů pandektních zasaženo silnými změnami. Otázka tato byla rozhodnuta ve smyslu první alternativy. S druhé strany přece jen Tribonian nevrátil se bez dalšího k starému právu. Dospělo se konečně k zvláštnímu smíšení starého a nového, o němž nás poučuje interpolovaná c. 1 C. 3, 9, vyslovující, že lis tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit (sr. C. 3, 1, 14, 4: cum lis fuerit contestata per narrationem negotii et contradictionem obiectam). Tato nová litis contestatio, jež nebyla však úkonem převzatým prostě z klasické cognitio extra ordinem, nýbrž úkonem vytvořeným nově císařskou libovůlí, byla pak, což umožňovala právě neurčitost jejího tvaru a obsahu, vztažena „nerozumně" ba „dobrodružně" i na proces kriminalní.

Počínání to ukazuje na silný *klasicistický směr Justinianových kompilatorů*, jehož původ podle duchaplné domněnky sp. jest hledati ve hnutí, vycházejícím ke konci 5. století z právnické školy v Berytě. „Smělé vzkříšení klasických actiones, pak opětné zavedení nově utvářené kontestace do civilního procesu a dokonce nerozvážné zřízeni nové kriminalní litiskontestace mluví všechny tutouž velmi jasnou řeč. Zvláště poslední nařízení ukazuje císaře jako *klasicistického zpátečníka*, který chce překonati ještě staré tím, že klasické zřízení dále vybuduje s důsledností nejpovážlivější a k tomu konci interpoluje texty právnické" (str. 232). „Chceme-li tedy Justinianovy úmysle a jeho dílo označiti jedním slovem, směl by on nejspíše zván býti *zprostředkovatelem*. Záměrem jeho pak bylo, ochuzenému právnímu životu jeho doby získati zpět bohatý klasický podklad, byť i v podobě modernisované."

L. Heyrovský.

Moriz Wlassak, Zum römischen Provinzialprocesz. Akademie der Wissenschaften in Wien; Philos. hist. Klasse; Sitzungsberichte, 190. Band., 4. Abh. — Vídeň 1919, 82 str.

Soudní řízení ve sporech soukromoprávních za římské republiky a ještě podle zákonodárství Augustova má převahou ráz soukromý. Soudcem povolaným k tomu, aby rozhodl svým výrokem právní spor, jest tu osoba soukromá (*iudex privatus*, porotce, jak jej zveme), kterou proucí strany si samy zvolily a dosadily za rozhodčího v právní rozepři, jejíž předmět určují ze srovnalé vůle formulemi, původně průpovědnými (*legis actiones*), později písemnými (*formulae, concepta verba*). Ale zahájení právního sporu na soudě i volba a dosazení rozhodčího i ustavení právní rozepře (*litis contestatio*) děje se zároveň za pomoci a s povolením státního úředníka, magistrata. I skládá se pak civilní řízení soudní ze dvou po sobě jdoucích, proti sobě pevně ohraničených částí, z řízení před magistratem (*in iure*) a z řízení před porotcem (apud iudicem, t. zv. řízení *in iudico*). Za *principatu* nese se právní vývoj k tomu, aby toto podstatně soukromé řízení bylo nahraženo procesem, ve kterém převládá víc a více soudní moc veřejná. Úpadkem tímto postižen byl především soukromý proces provinční na rozdíl od soudního řízení v městě Římě, jež podstatně nezměněné zachovalo se až do konce doby principatu. Autor přítomného pojednání, jenž doposud četnými spisy svými, jmenovitě svým veledílem „Römische Proceszgesetze“ nad jiné přispěl k novému poznání řečeného procesu města Říma, obracuje nyní svou pozornost k soudnímu řízení v římských provinciích, hledí ukázati na některých zřízeních jeho, jak ono propadalo rostoucí měrou postátnění. I pojednává sp. po krátké předmluvě (str. 3, 4.) úvodem

I. o *poli řízení s formulemi v říšských provinciích* (str. 4—10). Známo a zcela nepochybné jest, že v *Egyptě* již od samého počátku principatu užívalo se výhradně procesu kogničního, t. j. řízení čistě úřednického. Opíraje se o Gai. 1, 6, sp. zastává, že tomu bylo tak i v jiných územích, v jichž čele byli místo senatorských místodržících *praefecti* nebo *procuratores* hodnosti rytířské, jmenovaní od císaře. Naproti tomu v provinciích, spravovaných náčelníky senatorskými, potrvalo, jak nezvratně dokazuje Gai. l. c. a 4, 109, řízení s písemnými formulemi ještě za císařů Antoninů, a to nejen v provinciích senatních (*provinciae populi Romani*), nýbrž zajisté také v císařských (*provinciae Caesaris*), které spravovali *legati Augusti.*

V odd. II. (str. 11—36) uvažuje sp. nejprvé o *postátnění provinčního procesu s formulemi.* Vyvozuje z Jul. D. 1, 18, 8 a z Callistr. D. eo d. 9 důmyslně, že již v polovici 2. století po Kr. místodržící v provinciích senatních i císařských měli plnou soudní pravomoc v tom smyslu, že ve *všech* věcech civilních — i v těch, které v Římě byly vyhraženy rozhodnutí porotcovu — byli zproštěni povinnosti, rozsudek ponechati soudci soukromému (*iudex privatus*) a mohli věc vyříditi svou vlastní kognicí, nebo, hodilo-li se jim to, rozsouzení přikázati podsoudci (*iudex datus*), kterého si volili sami, a to obyčejně z podřízených úředníků a důstojníků, a neměl pak takový *iudex datus* svou moc více, jako *iudex privatus*, od procesných stran, nýbrž pouze od vrchního magistrata. *Na místě lidových a soukromých soudců byli tu tedy činni podsoudcové z příkazu úředního.* Přes to seznáváme zároveň, jak bylo již pověděno, z Gai. 4, 109, že v dobách těch naskytovalo se *agere per concepta verba* také v *provinciích.* Dospíváme tím se sp. k procesu formulovanému bez soukromého soudce. Jakou úlohu mohla míti a měla v tomto provinčním

řízení *concepta verba?* Sp. odpovídá správně, že také zde mohla při zahájení procesu býti předsebrána mimosoudní *editio* formule, aby tím odpůrci byla oznámena sporná věc a způsob, jak bude přiváděna k platnosti, a že tato editio byla pak opakována *in iure* již proto, aby také magistrát zvěděl o právní rozepři. Ale *concepta verba* byla tu také vhodným prostředkem ustavení sporu vůlí stran, jež stává se skutkem konečným *edere* a *accipere iudicium*. Pouze v jednom bodu nemohla se, jak soudí sp., mladší procesní *formula* dále krýti s formulí procesů v městě Římě. Uvozovací věta »*Titius iudex esto*«, jež v Římě náležela spolu k smluvnímu textu stran, musila, jak se podobá, odpadnouti při provinčním ustavení procesu, jelikož dosazení soudcovo teď nebylo jako dříve kusem litiskontestace, nýbrž pouze jednostranným úkonem úřednickým, jenž ji pouze doprovázel. Proto také takto dosazený nemohl býti pokládán za *iudex privatus*. Dvoudílným zůstal však i tento úřednický proces a mohla *formula* hráti stejnou rozhodnou úlohu v řízení *apud iudicem* jako v procesu před soudcem soukromým. Řízení takové mohlo nepochybně býti zváno *litigare per concepta verba, id est per formulas*. Vždyť měla *formula* také v provinciích — vyjmouc pouze dosazení soudce stranami — plniti *všecky* ty rozmanité úkoly, které jí příslušely v pravém *iudicium privatum*.

Rozpoltění ve dva procesné oddíly nemělo místa, když místodržící právní spor vyřizuje celý svou vlastní kognicí nebo naopak jej, jak ukazují pro Egypt papyry, pro jiná území pak reskripta v C. 3, 1, 2; 3, 8, 2, a C. 7, 53, 2, hned od počátku přikázali výpomocnému soudci, před nímž byly pak předsebírány i úkony zahajovací. Sp. zastává, že i v takovém řízení byla možná klasická procesná formule, podávající z usnesení stran pravidlo, kterýmž se bylo říditi při projednání sporu. Že pak také skutečně se vyskytovala v procesu *concepta verba* i po úplném zániku civilních soudů porotních, vysvítá z toho, že císařský výnos (C. 2, 57. 1), kterým se zapovídá užívati procesných formulí, pochází teprve od synů Konstantinových z r. 342 a jest dosvědčeno též několika reskripty Diokletianovými v C. 4, 49, 4; 4, 52, 3; 8, 38, 3 a ve Vat. fr. 312 a Consultatio 5, 7. Sp. dohaduje se bystře toho, že novější *postátněné řízení formulové* sotva asi povstalo teprve, když byl *starý system* v mateřské zemi italské již úplně pominul, nýbrž že bylo jeho asi vedle tohoto systemu užíváno počínajíc již druhým stoletím po Kr., a to před místodržitelskými soudy mnohých provincií. Vzácnému důvtipu sp. se tím krásně podařilo uvésti do historie římského práva procesného *nový typ*, článek sprostředkující přechod od obou judicií klasiků *(iudicium legitimum* a *iudicium quod imperio continetur)* k říšskému procesu doby pozdní, zcela jinak utvářenému, nežli byl starší proces města Říma.

Předmětem III. odstavce (str. 36—59) jest *provinční obsilka opověděním rozepře*. Podle Aurelia Viktora, De Caesaribus 16, 11, císař *Marcus Aurelius*, odstraniv stará vadimonia, zavedl zahájení procesu opověděním rozepře *(litis denuntiatio)*. Za velice šťastnou pokládati jest myšlenku sp., že procesná reforma Marka Aurelia se omezovala na *provincie*. Pro Exypt prokázána jest papyry pro dobu od konce prvního do třetího století po Kr. Παραγγελία, která, vycházejíc od žalobce, ale doručena od úředníka, zavírá obsílku odpůrcovu k soudnímu zasedání praefektovu: Egyptskému zřízení podobné

poloúřední nebo i čistě úřední obsílky na soud naskytovaly se asi také v některých jiných provinciích. I záležela, jak vykládá sp., reforma řádu obesílacího, jejímž původcem byl císař Markus, v tom, že císař obsílku denunciací upravil podrobněji a zavedl jako jednotnou pro *všecky* provincie.

V dotčené *úřední nebo poloúřední obsílce* spatřuje pak sp. *předpoklad procesu kontumačního.* Starořímskou zásadou bylo, že bez prohlášeného souhlasu žalovaného není možný proces porotní a proto též ne rozsudek. Obsílka žalovaného pak byla úplně soukromou věcí strany útočící. Soudní řád, spočívající na takových zásadách neznal rozsudku pro zmeškání. Vždyť neposlušnost *(contumacia)* lze si mysliti pouze proti soudcům *státním.* A vskutku činí také římský řád rozsudek kontumační závislým na odporu proti rozkazu vrchnosti, a to již proti *obsílce,* kterou nařídil *úředník.* Tou měrou pak, co vzniká a šíří se obsílka úřední, ujímá se a proniká též řízení kontumační. Obzvláště s úřední obsílkou v Egyptě a od dob Marka ve všech provinciích se shoduje, že tam byl připuštěn kontumační nález ve *všech* soukromých věcech, vznesených na soudy místodržitelské. Nejpozději od Diokletiana jest pak rozšířené řízení kontumační všeobecným právem říšským, jak dosvědčují C. 1. 7, 43, 8 a C. Th. 2, 4, 2.

Pronikavými výklady v odstavci IV. (str. 59—82) o *úřední obsílce a kontumačním řízení v soudech italských správců soudních (iuridici)* sp. prokazuje přesvědčivě, že v Ulp. lib. 4 de omnibus tribunalibus, D. 2, 12, 1, „*praetor*“ jest interpolací za původní „*iuridicus*“, značící podle zřízení císařů Marka a Vera soudního správce jednoho z italských okresů. Je-li tomu tak, podává fr. 1 cit. pevný důkaz, že byly možné kontumační rozsudky italských juridiků, vydané po úřední obsílce, a to i v takových věcech, které byly v Římě rozsuzovány pouze od porotců. Tím pak jest zároveň nalezen a zjištěn článek, který sprostředkuje přechod od kontumačního řízení v soudech provinčních ke kontumačnímu procesu soudů hlavního města. I jest zajisté dobře odůvodněna krásná doměnka sp., že úřední obsílky a řízení pro zmeškání bylo užito na věci, které v Římě byly vyhraženy řízení porotnímu, nejprvé v provinciích a odtud byl pak kontumační proces převzat do soudů italských juridiků a teprve naposled dostal se z italských sousedních okresů do hlavního města, kde řízení rozhodčí mělo nejpevnější kořeny. Jako všeobecné právo římské jest řízení kontumační prokázáno teprve za Diokletiana.

L. Heyrovský.

SBORNÍK VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH.

ZALOŽIL BOHUŠ RIEGER.

ZA ÚČASTENSTVÍ ČLENŮ
PRÁVNICKÉ FAKULTY KARLOVY UNIVERSITY
VYDÁVÁ K. KADLEC.

PODPOROU MINISTERSTVA ŠKOLSTVÍ A NÁRODNÍ OSVĚTY, ČESKÉ AKADEMIE VĚD A UMĚNÍ A PRÁVNICKÉ JEDNOTY V PRAZE.

Ročník XX.

V Praze 1920.

Nákladem Bursíka a Kohouta, knihkupců university Karlovy a České Akademie věd a umění.

Knihtiskárna V. Kloťáč a Boček ve Vys. Mýtě.

Obsah ročníku XX.

ČLÁNKY:

LITERATURA:

Část všeobecná:

Právní filosofie:

Právní dějiny:

Vývoj a právní povaha vlastníkovy hypoteky.

Napsal Dr. M. Stieber.

Díl první:

Vývoj vlastníkovy hypoteky.

I.
Vlastníkova hypoteka římská.

§ 1. Literatura a prakse starší.

V několika případech římských pramenů nemá konfuse svých obvyklých účinků, ačkoli právo zástavní s vlastnictvím splyne. Je tomu tak u zástavního věřitele, který nabývá vlastnictví, nevěda o zástavě[1]) nebo ji od dlužníka koupí nebo na

[1]) L. 30. § 1 D. de except. rei iud. 44, 2: Paulus libro quarto decimo quaestionum. Ex sextante heres institutus, qui intestato legitimus heres esse potest, cum de iure testamenti faceret quaestionem, ab uno ex institutis dimidiam partem hereditatis petiit nec optinuit. Videtur in illa petitione etiam partem sextantis vindicasse et ideo, si coeperit ab eodem ex testamento eandem portionem petere, obstabit ei exceptio rei iudicatae. Latinus Largus: cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et optinuit, post hoc iudicium Maevius heres repperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multosa nnos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum, cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. Respondi: si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. Quod si possessor absolutus amissa possessione eundem

místě placení přijme.[2]) Je tomu dále u **zástavního věřitele**[3]) nebo **osoby třetí**,[4]) jež koupí zastavenou věc od dlužníka, aby kupní cenou zaplacen byl věřitel přední. Pravidlu, že nikdo nemůže zastaviti svou věc vlastní,[5]) chce se jíti z cesty. Ne zástavní věřitel, jen vlastník je to, který se proti nároku zadního věřitele chrání.[6]) Že zástavní právo dále trvá, se nepraví.

Vytýká se naopak, že ani nemohlo potrvati. Je to jen žaloba zástavní, která zbývá.[7]) Tyto prameny přisuzují však zástav-

---

ab eodem, qui prius non optinuit, peteret non obesset ei exceptio: nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. Cum autem pigneraticia actum est (adversus priorem creditorem), potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri. Et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: **neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore.** Actio tamen pigneratione competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem. Pod pignus rozumí se také hypotheka. Viz Basil LI. tit. 2, cap. 27: *ἐπὶ δὲ τοῦ προκειμένου θήματος περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος οὐ κατεβλήθη.*

[2]) L. 1. C. si ant. cred. 8. 19: Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens **res obligatas audieris**, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

[3]) L. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus **tuendum**, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

[4]) L. 3. C. de his qui in prior. 8, 18: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt iusta defensione **te tueri** potest. Dříve se sem čítaly i jiné případy viz **Buchka**, Die Hypothek des Eigenthümers, 1875, 8, pozn. 3.

[5]) L. 45. pr. D. de div. reg. iuris 50, 17: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest. Viz též L. 33, § 5 de usurp. et usuc. 41, 3.

[6]) Viz pozn. 2., (res obligatas audieris), 3. (tuendum), 4. (tueri.)

[7]) Viz pozn. 1.

nímu věřiteli jistý „locus" a mluví o sukcessi věřitelů zadních v „locus" věřitelů předních.[8]) To bylo pozdější teorii pak podnětem, že locus od zástavního práva oddělovala a také nezástavnímu právu jako na př. vlastnictví přidělovala.

Místa tato již od dob glossátorů až po naše časy byla stálým předmětem sporů a výkladů. Spor a výklad točil se o otázku, zda současně v jedné osobě i vlastnictví i zástavní právo může trvati, čili jak pozdější teorie formulovala, zda je vlastníkova hypoteka možna. Názory projevené seskupují se takto v hlasy proti vlastníkově hypotece a v hlasy pro vlastníkovu hypoteku.

1. Hlasy proti vlastníkově hypotece.

Proti současnému trvání práva zástavního a práva vlastnického postavila se již glossa. Trvala slovně na pramenech. Ani jich neformulovala. Věc vlastníkovi není zastavena. Vlastník jen se chrání.[9]) Zadní věřitel musí vlastníkovi dluh zaplatiti, chce-li svému zástavnímu právu zjednati průchod. Glossa je si toho vědoma, že tu není dluh, byla-li věc vlastníkovi dána na místě placení. Než ta věc nemůže mu býti na škodu. Nevzdalť se pohledávky pro ten případ, že se datio in solutum zvrhne. Právo prvního věřitele se nepohorší, přistoupí-li k němu právo věřitele druhého[10]). Glossa snaží se rozpor rozřešiti i výkladem, že ani žádné vlastnictví neexistuje.[11])

---

[8]) L. 3. C. de his qui in priorum creditorum loco succedunt 8, 18.

[9]) Glossa ad l. 3. C. de his qui in pr. 8. 18: non ut rem habeas obligatam, sed ut te tueri possis contra omnes, ut ipse poterat. Gl. ad L. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: cum sit iam sublatum vinculum pignoris.

[10]) Glossa ad l. 1. C. Si ant. cred. 8. 19: remanet mihi ius pignoris, sic tamen rem obligatam persequi potero, si debitum primo creditori solvero . . . immo non videtur neccesse aliquid offerri; quia propter dationem in solutum desiit esse debitum. Sed certe non est ita: quia sic tua diligentia noceret, quod esse non debet. Vel dic quod non videtur recessisse ab obligatione prima si revocabilis esset datio. Sed quomodo secundus auditur contra primum vel offerendo, vel illo modo: cum primus sibi in pignore preniderit? Respond. quia licet debitori facere primi creditoris conditionem deteriorem, adjiciendo secundo. Stejně také Glossa ad l. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4.

[11]) Glossa ad l. 30 § 1. D. de except. rei jud. 44, 2: videtur autem nocere Maevio quod fuit factus dominus fundi, et sic extincta hypotheca, sed dicas quod non fuit factus dominus fundi, et sic habeat nunc actionem, hypothecariam non obstante etiam prima sententia . . . potest dici quod tradens non fuit dominus cum tradens dederit quasi rem accipientis et

Z teoretiků kloní se ke glosse (l. 3 C. 8, 18, l. 1. C. 8, 19) Jacobus de Arena. Otázku „pignus an valeat in re propria“, řeší dialektickou odpovědí: „tantum valet sibi unum sicut aliud, ut ubi non potest sibi tantum valere, tunc pignus tenet etiam in re propria“. Není vlastníkem, komu se vlastnictví může vzíti.[12])

Z postglossátorů jde Cynus s Arenou. Precisuje však glossu (l. 3. C. 8, 18), že vlastník má retenci věci.[13]) Náhled jich obou přijímá Albericus de Rosate,[14]) v něčem jda s glossou.[15]) Dle Bartola drží vlastník věc svou „loco pignoris“. To odůvodňuje její retenci.[16]) Glosse dostává se od něho výtka, že nechce vlastnictví uznati.[17]) Vlastnictví nabývá se jen odvolatelně. Nabývá-li se, není to na škodu věřitele. Jeho zástavní právo trvá.[18]) Při koupi prvního věřitele (l. 1. C. 8, 19) jde Bartolus

accipiens eodem animo accepit, credens esse hereditatis . . . quid ergo si fuit factus dominus: ut quia xidens dantis accepi forte adhuc videtur idem (arg. huius literae „verum est cuius etc.“). Ergo hypothecaria durat quae talem conditionem habet: nisi soluta pecunia. Glossa cit. dle vydáni: Digestum vetus cum glossa. Venetiis per Baptistum de Fortis 1494.

[12]) Jacobi de Arena: commentarii in universum ius civile . . . Lugduni 1541, fol, 55, 56, si potiores, si vendidisset.

[13]) Cyni . . super codice et digesto veteri lectura . . Ludguni 1547, fol. 340 „si potiores“, fol. 341 „si vendidiset“.

[14]) Secunda Alberici super codice. Lugduni 1545, fol. 151, „qui potiores“ si vendisset.

[15]) Secunda Alberici super digesto veteri. Lugduni 1545, fol. 173, qui a debitore. Prima Alberici super digesto novo. Lugduni 1545, fol. 168, Latinus Largus.

[16]) Bartoli prima in digestum vetus: Lugduni 1555, 159 ad l. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: Emptor pignoris potest ex pacto in locum prioris creditoris succedere, si ad eum pretium pervenerit. h. d. Sed quaero, quomodo potest ille emptor succedere in locum prioris creditoris, cum res efficiatur sua et res sua non obligetur ei, ut lex neque pignus, i. de reg. u. Respon. licet sit sua et non sit ei obligata, tamen loco pignoris retinetur: ut l. ex sextante § Latinus i. de exce. rei iudi. et Latinus § offerri § de act. empt. et § eodem l. 3. § 1. et C. si antiq. cred. l. 1. cum si. Quaerit glossa quid si prior creditor emit a debitore an possit succedere ipsemet in locum sui ut habeat ius retentionis. Glossa determinat quod sic: dic ut in ea.

[17]) Viz pozn. 10.

[18]) Bartoli super prima digesti novi. Venetiis per Joannem et Gregorium de Gregoriis fratres 1501. ad l. 30. § 1. D. de except. rei iud. 44, 2: Latinus Largus. Res sua nemini potest esse obligata, ut dicitur hic et l. neque pignus infra de reg. iur. et vide istam glossam, quae pessime soluit, quod non fuit factus dominus, sed illud est contra textum ibi dominio constituto

s glossou.[19]) Baldus konstruuje pro osobu třetí (l. 3. C. 8, 18) „quasi pignus".[20]) První zástavní věřitel (l. 1. C. 8, 19) má věc „commutabiliter propriam", která zůstává v zástavě.[21]) Salycetus připojuje se ke konstrukci Bartolově o retenci loco pignoris. Věc není vlastní „pleno iure propter ius hypothecae quod remanet salvum priori creditori".[22]) Není však ve svém názoru jednotný. Hypoteka vzejde i vlastníkovi, má-li zadní věřitel proti němu „ius offerendi."[23]) Fulgosus jde (l. 17. D. 20. 4) s glossou. Vlastnictví je sice převedeno, ale může býti odvoláno. Zástava se dává, bude-li vlastnictví zrušeno. Věřitel se chrání stejně jako kupec (sicut creditor nonnunquam in locum domini, sicut dominus in locum creditoris).[24]) Ke glosse připojuje se také Paulus de Castro.[25])

Traktáty, které se zabývají výlučně zástavním právem, přijímají řešení předchozích spisovatelů. Negusantius dovolává se Bartola a Castra. Stal-li se věřitel vlastníkem věci odvolatelně, dává se mu „retentio pro suo credito et pro hypotheca non extincta".[26]) Dle Bachovia jest věc u kupce zástavy, který prv-

Item contra principium legis ibi proprium, scilicet Titii. Vera solutio est, quando res efficitur perfecte et irrevocabiliter accipientis; tunc pignus extinguitur, secus si revocabiliter, quia acquisitio domini non debet nocere creditori nec pignus extinguitur . . . . Et hanc solutionem tenet hic Petrus et Jacobus de Rauen et Ly. Cynus de his que in frau. credi l. fi. C. si antiqui. credi. l. l. in III. q.

[19]) Lectura Bartoli. super secunda parte codicis. Venetiis 1499. fol. 112: si vendidisset.

[20]) Baldi.. commentaria in VI., VII., VIII., IX., X. et XI. Codicis lib. Venetiis 1572, folio 390, si potiores: Iure proprio non habetur pignus, sed quasi pignus, unde si mea res est obligata priori creditori cui ego solvo.. Creditor ergo hoc casu ius hypothecae et sic rem suam habet, et quasi obligatam.

[21]) L. c. si vendidisset.

[22]) Salycetus super digesto veteri, Lugduni, 1541, fol. 130 „qui a debitore".

[23]) Bartolomei de Salyceto quarta super septimo, octavo et nono codicis. 1541, fol. 125, si potiores.

[24]) Raphaelis Fulgosii Placentini . . in primam pandectarum partem commentarium . . tomus secundus. Lugduni 1554, qui a debitore, p. 170.

[25]) Pauli de Castro prima super digesto novo. Lugduni 1545, fol. 91, 92, Latinus.

[26]) Antonius Negusantius, Tractatus de pignoribus et hypothecis. Lugduni 1562, 285, I. m., 5. p., num. 55. Viz též 325 a násl. III. m. 5. p. num. 3.

ního zástavního věřitele kupní cenou splatil, „quasi cuiusdem pignoris iure".[27]) Na jiném místě pak praví, že ze smlouvy mezi dlužníkem a kupcem, aby kupní cenou byl přední věřitel zaplacen a kupci zástava odevzdána, „quasi tacite pignus contrahi videatur".[28]) K ochraně jeho slouží excepce.[29]) Merlinus tlumočí obecné mínění, že kupci, třeba by byl zbaven hypoteky, ze slušnosti neodjímá se právo retence.[30]) Registruje též náhled Bartolův, že věc jest „quasi obligata".[31]) Na jiném místě však zase tvrdí, že hypoteka nepomíjí „stante iure hypothecae secundi creditoris". Prodej a dání na místě placení zvrhne se nárokem zadního věřitele, a dřívější právo kupce nezůstane zrušené a uhaslé, nýbrž obživne.[32])

Podle pavijského právníka Costy má kupec zástavy právo excepce a retence.[33]) Holandský právník Sande soudí, že věc se koupí, ne aby vlastnictví se nabylo, nýbrž aby zástavní právo se zachovalo. Třeba hleděti k tomu, co se stalo, ne k tomu, co se psalo.[34]) Pro ius offerendi, které zadnímu věřiteli přísluší, konstruuje i ty subtilnosti, že vedle kapitálu třeba nabídnouti i úroky. Užitek věci je sice kompensace, ale i větší rozdíl úroků, než je užitek, třeba nahraditi. Oblací se koupě zvrhne a dřívější pohledávka obživne.[35]) Jeho krajan Voet řeší věc podle glossy. Právo

---

[27]) Reinhard Bachovius, Tractatus de pignoribus et hypothecis. Francofurti et Rostochii. 1656, lib. IV., cap. 16, pag. 344.

[28]) L. c. pag. 346.

[29]) L. c. pag. 347.

[30]) Mercurialis Merlinus, De pignoribus et hypothecis. Genevae 1661. qu. 44. num. 8., qu. 43 num. 20.

[31]) L. c. qu. 44 num. 9.

[32]) L. c. qu. 43 num. 10.

[33]) Joannis Costae, Tractatus novus de facti scientia et ignorantia. Francofurti, 1605, 302.

[34]) Joanne de Sande, Decisiones Frisicae. Leovardiae 1656, 206 def. XVIII: At si existentibus pluribus creditoribus eiusdem debitoris, unus eorum rem oppignoratam vel a priore creditore pignus distrahente, vel ab ipso debitore emat; ista emptio non tam dominii acquirendi, quam pignoris et crediti secundi càusa fieri intelligitur, et hic non tam quod scriptum, quam quod actum est, inspicitur.

[35]) L. c. 207 def. XIX: Nam per oblationem hanc datio in solutum vel prior emptio quasi resolvitur et pristina obligatio reviviscit, perindè ac si pignus creditori in solutum datum non fuisset, quo casu sors cum usuris debetur.

předního věřitele obživuje evikcí věřitelů zadních, tak jako by se koupě ani nebyla stala.[36])

Z právníků německých někteří subtilnosti glossy pouštějí. Důraz začíná se klásti na sukcessi věřitele zadního v právo věřitele předního a pak na sukcessi kupce zástavy, byla-li sukcesse tato vyjednána.[37]) Přes to má i kupec, který si to nevyjedná, právo retence věci a obrany proti zadnímu věřiteli, pokud mu kupní ceny neoferuje.[38]) Opětovně se pak konstatuje, že na vlastní věci zástavní právo míti nelze.[39])

2. Hlasy pro vlastníkovu hypotéku.

K otázce vlastníkovy hypotéky zaujímá již stanovisko A z o. Nedává se (l. 3. C. 8, 18) másti konfusí práva zástavního s vlastnictvím. Na zadního věřitele anebo osobu cizí, která kupní cenu na zaplacení předního věřitele věnovala, přecházejí „ordines et praerogativae potestates, quas habebat primus creditor in pignora". Osoby tyto musily si však s prvním věřitelem sukcessi tuto vyjednati. Dluh prvního věřitele sice zanikne, ač zdá se, jakoby dále trval.[40]) Převezme-li přední věřitel zástavu na zaplacení (l. 1.

[36]) Joannis V o e t . . commentarius ad pandectas. Hagae Comitum. 1731, 908, l. 20 tit. 5., num. 10; viz též 910, tit. 6., num. 1.

[37]) Joan. Thomae F r e i g i i partitiones iuris utriusque, Basileae 1581, S t r u v i u s, Syntagma iuris civilis, Jenae 1668, II, 20. H e i n e c c i u s Elementa iuris civilis. Amsterodami 1731, 415.

[38]) F a c h i n e u s, Consilia, Francofurti 1590, I, 116.

[39]) Joan. S c h n e i d e w i n i . . in quatuor Institutionum libros . . commentarii, Argentorati 1626, 438 (Improprie enim pignus dicitur rei suae), F a c h i n e u s, l. c., 116, 8.

[40]) Azonis summa super Codice et Institutionibus. Venetiis 1./6. 1498 fol. 205 C. De his qui in priorum creditorum loco succedunt: . . Sciendum est itaque priori creditori solui pecuniam: quandoque a debitore, quandoque ab extraneo, quandoque a secundo creditore. Si a debitore solvatur et de sua pecunia, scilicet quam non accepit ab alio mutuo non est propter talem solutionem successio in pignore, scilicet ipso iure liberatum est pignus ab illo creditore. Si autem solvat debitor creditori pecuniam, quam ad alio, puto Titio, mutuo accepit et velit Titius succedere in pignus quod fuerat obligatum ei cui solutum est, tria exiguntur ut succedat, item quod ab hoc det mutuo, ut liberetur pigus; item quod p a c i s c a t u r d e s u c c e d e n d o i n i u s p r i o r i s; item qnod pecunia perveniat ad primum. Tunc enim succedit iste Titius in ius primi, item in potestatem vendendi pignoris, licet Titius non convenerit de pignore vendendo: imo forte convenerit ne venderet. ut D. que res pi. vel hypo. l. aristo. Item succedit i n o r d i n e m t e m p o r i s, item ut p r e f e r a t u r e i s q u i b u s p r e f e r e b a t u r ille. ut D.

C. 8. 19), nezanikne ani zástavní právo, ani dluh. Zadní věřitel musí přednímu „propter auctoritatem praecedentis contractus" dluh tento zaplatiti.[41]) Odofredus opakuje při prvním místě Azona. Zadní věřitel nastupuje „in locum" předního, „quantum ad ordidem creditorum et quo ad ius vendendi et quantum ad privilegium, si aliquod habebat".[42]) Nabývá-li kdo zástavy jako vlastník, nevěda o zastavení (l. 30. § 1. D. 44, 2), nepozbývá zástavního práva.[43]) Odofredus dává podle pramenů (l. 17. D. 20, 4) ochranu věřiteli, jenž zástavu od dlužníka koupil a kupní cenou prvního věřitele zaplatil. Nezdáť se, že by byl chtěl upustiti od zástavy.[44]) Glossa, jak již uvedeno, není názorům těmto přízniva. Také postglossátoři nikoli.

qui p. in pi. l. si prior. § a Titio ad § si tertius. Item succedit in privilegium personalium actionum, ut idem de ces. bon. l. 2 et est hoc mirabile, quod ex pacto debitoris succedit in iussui creditoris, si tamen ad creditorem primum Titii perveniat pecunia, ut probatur D. qui po. in. pig. ha. l. si prior § a Titio, sed forte hoc est, quia creditor accipiendo pecuniam eidem pacto consensit. Illud tamen non audeo dicere: quod hypothecaria, quae dabatur primo, detur secundo: quia illa est extincta, cum extinctum sit principale debitum, sed ordines et praerogativae potestates, quas habebat primus creditor in pignora, transeunt ad istum, quia idem est pignus et idem debitor, quia debitum primum cuius ratione competebunt istae praerogativae primo creditori solutum est a sequenti quasi videatur idem durare debitum, quod fuerat prius. Si vero extraneus solverit primo creditori, necesse est, ut numeret pecuniam et ut paciscatur de succedendo, ut i. eo. l. 1 et si de privil. fis. l. si cum. Si vero secundus creditor solvat primo creditori vel eo non accipiente consignet et deponat etiam nullo pacto apposito succedit in ius primi.

[41]) L. c. C. si antiquior creditor pignus vendiderit.

[42]) Odofredi . . in secundam Codicis partem praelectiones. Lugduni 1550, fol. 154—155 l. 3. C. de his qui in prior 8, 18, l. 1. C. si ant. cred. 8, 19,

[43]) Odofredi . . praelectiones in . . digestum novum, Lugduni 1552, 110. ad l. 30, § D. de exc. rei iud. 44, 2: Sed instatur hic, quomodo si traditur res Maevii, cum sit primo alii obligata, durat hypotheca, cum nemo potest habere hypothecariam etc. ut i. de rec. in l. pignus. Respondeo, speciale est hic, quia hic ingnorebat; et tolerabilis est ignorantia in facto alieno. Sic et alibi habet rem suam quis obligatam, ut scil. de pig. act. l. eleganter in princ. Vel potest ita dici: haec regula est vera, quia nemo potest suam rem habere obligatam, cum sua effecta est, secus si ante erat obligata, ut hic fuit.

[44]) Odofredi . . in secundam digesti veteris partem praelectiones . . .

Z francouzských právníků Cujaciovi sukceduje první věřitel jako kupec zástavy (l. 1. C. 8, 19) ve své vlastní místo.[45]) Na třetí osobu, jejíž kupní cenou se první věřitel zaplatí (l. 3. C. 8, 18) převádí se za souhlasu dlužníkova mlčky i místo zaplaceného věřitele.[46]) V místo prvního vstupuje i zadní věřitel, koupiv věc a zaplativ jej její kupní cenou.[47]) Také Connanovi vkročuje kupec zastavené věci v zástavní právo věřitele, jejž kupní cenou zaplatí.[48]) Totéž učí Donellus. Kupec vstupuje „in pignus et locum" prvního. Musí to s ním však vyjednati, neboť mezi jinými mimo soudní zástavu vzniká zástavní právo jen smlouvou.[49]) Koupí-li první věřitel, nezaniká dluh, může-li se jeho zaplacení oblací zadního věřitele zvrhnouti.[50])

Právníci němečtí dávají otázce jiný směr. Kladou důraz na sukcessi zadního v právo předního a v sukcessi kupce zástavy, byla-li tato sukcesse vyjednána. Nevyjedná-li si to tento kupec, má prvý právo retence a obrany proti zadnímu věřiteli.[51]) Vy-

Lugduni 1552, 132, ad l. 17. D. qui pot. 20, 4: do věty; „quia videtur velle discessisse a vinculo pignoris" třeba před „videtur" připojiti omylem vypuštěné „non".

[45]) Jacobi Cujacii.. Tomus nonus vel quintus operum postumorum Neapoli, 1722, 1220 ad tit. XIX, si ant. cred. pignus vend.: Emendo a debitore pignus, antiquior creditor succedit in locum suum, succedit sibi ipsi, id est, eodem iure est, quo fuit ante emptionem, puta, ut sit potior in pignoris causa. nisi sequentes offerant pecuniam debitam ad usuras.

[46]) L. c. 1219, ad tit. XVIII. de his, qui in primum creditorum locum succedunt: quod est, inquam, iure successisse, id sic interpretanadum, cessione scilicet a translatione pignoris facta, vel auctoritate iudicis vel consensu debitoris, qui utique consensisse intelligitur, non tantum si nominatim convenerit, ut cuius pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius, verum etiam si debitor eidem vendiderit rem creditori pigneratam ut ex pretio creditor dimitteretur (l. 3. h. tit.) Nam et hoc casu in ea re emptor. cuius pecunia pervenit ad creditorem hypothecarium, id est, cui ea res, erat obligata, potior erit omnibus creditoribus inferioribus . . .

[47]) Cuiacius, Paratitla in libros quinquaginta digestorum, Coloniae Agrippinae, 1570, l. XX. tit. 4, p. 82.

[48]) Francisci Connani commentariorum iuris civilis libri X, Basileae, 1557, lib. IV, cap. XVIII num. 3.

[49]) Hug. Donelli . . Commentarii absolutissimi ad II, III. VI et VIII libros codicis . . Francofurti 1599, 643 vid. tit. XIX. de his qui in priorum: succedere in pignus et locum primi creditoris.

[50]) L. c. ad tit. XX si antiquior: Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest evinci.

jedná-li si cizí kupec jen tuto sukcessi, má docela i žalobu zástavní, aby si držbu získal. Nevyjedná-li si to tento kupec, má aspoň „jus excipiendi et retinendi res pignori obligatam". I zdá se, že takto jaksi již i právo retence a excepce i samo vlastníkovo právo zástavní kryje.[52]) Také se vykládá, že tento cizí kupec vstupuje „quo ad retentionem et quo ad ius excipiendi ex quo possidet".[53]) Také Mevius, ač jinak kloní se ke glosse, zastává tyto názory. Jen ten kupec zástavy má právo zástavní předního, s nímž si to vyjedná anebo s jehož souhlasem právo jeho na sebe převede.[54]) I vykládá se, že sukcesse cizího kupce „in pignus primi" je jedna z těch výjimek, které vylučují pravidlo „qui prior tempore, potior est iure".[55]) „In emptorem" převádí se mlčky „ius primi creditoris", takže se může „iusta defensione" proti zadním věřitelům brániti.[56]) Na smlouvě o sukcessi při cizím kupci trvá také Beckmann[57]) a Perez.[58]) Brunnemanovi stačí, učiní li se jen s dlužníkem.[59]) Na něho odvolává se i Lauterbach.[60]) Zástavní právo příznává prvnímu věřiteli jako kupci i Coccejus, pomíjíť pouze „legitima distractione".[61])

[51]) Practicae observationes a . . Bernhardo Wurmsero a Schaffalssheim et Hartmanno Hartmanni ab Eppingen. Francofurti 1658, II, Observ. ab Hartmanno, 310, tit. 27, obs. IV.

[52]) Francisci Manticae . . lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus. I. Genevae 1681, lib. 11, tit. 29 num. 9, 10.

[53]) Johann Michael Beuthern, Consultationum sive responsorum de iure praelationis seu prioritatis inter plures concurrentes creditores, Strassburg 1615, I, cap. 51: Viz též Hartmann, Observ. v pozn. 51.

[54]) Codicis Meviani supplementum, 1713, lib, VIII., tit. 19, dec. 18. Viz též Georgii Adami Struvii Syntagma iuris civilis. Jenae 1668, II, 16, 25., 20, 34.

[55]) Justi Meieri Collegium Argentoratense. Argentorati 1657, p. 1173 č. 5.

[56]) Georgii Frantzkii commentarius in viginti et unum libros pandectorum. Francofurti et Lipsiae 1678, p. 675 qui potiores č. 95, 96.

[57]) Nikolaus Beckmann, Medulla Justinianea. Parisiis 1666, l. XX, tit. IV, th. 15, p. 485.

[58]) Ant. Perezi . . praelectiones in duodecim libros codicis. Lovanii 1651, 573. L. 8. tit. 20 si antiq. num. 5—8: in locum prioris succedit.

[59]) Johannis Brunnemanni commentarius in duodecim libros codicis. Lipsiae 1672, 979 si potiores: nam tunc tertius in locum primi succedet.

[60]) Lauterbach, Collegium theoretico-practicum a libro vicesimo pandectarum, II. Tubingae 1743, 125.

[61]) Coceji iuris civilis controversi pars II. Francofurti 1753, l. XX, tit. V., q. 5, p. 51.

Teorie nalézá ohlas i v nálezích prakse. Nizozemská nejvyšší kurie rozhoduje, že zadní věřitel má oferovati kupci zástavy kapitál i s úroky.[62]) V belgických soudech přisuzuje se cizímu kupci zástavy právo retence, zástavnímu věřiteli (l. 30, § 1 D. de exc. r. i. 44, 2, l. 17. D. qui pot. in pign. 20. 4) právo zástavní, které ožívá, provede-li se zadními věřiteli proti kupci evikce.[63]) Stejně také v Paříži.[64]) Retenci zástavy má také její kupec podle rozhodnutí senátu savojského.[65]) Musí si však dáti od předchozího věřitele právo jeho postoupiti.[66]) Věřitel zadní má „ius offerendi" nejen proti prvnímu, ale i proti druhému kupci. Také u druhého kupce je vlastnictví stejné jako u prvního „affectum et revocabile".[67])

Královská rada neapolská rozhoduje, že vlastník může „retinere terram pro sua hypotheca".[68]) Před ní vede se také spor o tom, zda přísluší „ius offerendi" druhému věřiteli proti kupci, který koupí věc od dědice a zaplatí kupní cenu věřitelům předchozím.[69]) V Neapoli rozhoduje se také, že druhému věřiteli přísluší proti prvnímu „ius offerendi", třeba by věc koupil nebo „datione in solutum" přijal, tak jakoby někomu jinému bylo zcizeno.[70]) V Římě ve svaté rotě přisuzuje se ve čtvrté instanci po čtyřech letech po koupi zadnímu věřiteli „ius offerendi" proti kupci.[71]) Ve Florencii přiříká se excepce a retence dědici, který

[62]) Joanne de Sande, Decisiones Frisicae, Leovardiae 1656, 207 (nález z 20./12. 1611).

[63]) Paulus Christinaeus, Practicarum quaestionum rerumque in supremis belgicarum curiis iudicatarum observatarumque vol. IV. Antverpiae 1671, tit. XIX dec. 161, tit. XX, dec. 162.

[64]) L. c. dec. 162.

[65]) Antonius Faber, Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum. Lugduni 1661, lib. VIII, tit, X., def. VII.

[66]) L. c. dec. VIII.

[67]) L. c. tit. X, def. II.

[68]) Antonius Capycius, Decisiones S. Regii Consilii Neapolitani. Lugduni 1555, dec. XLIII. num. 5.

[69]) Vincencius de Franchis, Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani, Francofurti 1672, dec. 531.

[70]) Mathaeus de Afflictis, Decisionum sacri regii Neapolitani consilii .. centuriae quatuor. Francofurti ad Moenum 1616, 31 dec. XVI.

[71]) Decisiones sscrae rotae Romanae in tractatu de pignoribus et hypothecis . . Mercurialis Martini dec. LXI (rozh. 1642): in dubio praesumitur emisse potius confirmandam suae hypothecae gratia quam acquirendi dominium (num. 2).

zaplatil předchozího věřitele.[72]) V Granadě vztahuje královský senát předpis o koupi zastavené věci na koupi důchodu, když danou kupní cenou provedena byla konverse vysokoúročného důchodu na důchod nízkoúročný.[73]) Na šefním soudě lipském se rozhoduje, že toliko zaplacením dluhu, nikoli nabytím vlastnictví hypoteka pomíjí.[74]) Královský soud vismarský přikazuje zástavní právo věřitele předchozího věřiteli zadnímu, který zástavu na místě placení přijale a věřitel předchozího svými penězi uspokojil.[75])

§ 2. Novější literatura a prakse.

V pozdějších spisech německých právníků stává se zavazení vlastní věci předmětem stálé zmínky. Snadno lze to odůvodniti z literatury předchozí, ale i nový výklad snaží se věc rozřešiti. Westenberg žádá, aby se věc znovu dala v zástavu.[76]) Hofacker přisuzuje novému kupci „pignus et locum, quem prior dimisit“.[77]) Dabelow všímá si pouze práva „offerendi“, které zadnímu věřiteli proti kupci zástavy přísluší.[78]) Cizí kupec zástavy nabývá podle Thibauta práva zaplaceného věřitele ku své jistotě.[79]) Podle Westphala i zadní zástavní věřitel.[80])

[72]) Hieron. Magonius, Decisionum caussarum tam rotae Florentinae, quam rotae Lucensis . . centuriae tres. In nob. Francofurto 1600, dec. 59 num. 3.

[73]) Dr. Joannes Bapt. Larrea, Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis regni Castellae pars prima. Lugduni 1658, 184, disp. XX, decisio 18.

[74]) Carpzov, Jurisprudentia forensis. Lipsiae et Francofurti 1684, p. II const. 23, defin. 33 (r. 1634).

[75]) Codex Mevianus hoc est summi tribunalis regii, quod est Wismariae super quaestionibus forensibus. Augustae Vindel. Dilingae et Francofurti 1703, t. II, 662 lib. VIII, tit. 19 dec. VII (rozh. 13./10. 1658).

[76]) Joannis Ortwini Westenbergii . . principia iuris secundum ordinem digestorum seu pandectarum. I Vindobonae 1777, 770. Aliique, quorum pecunia res empta est, si eadem iis specialiter pignori obligata sit.

[77]) B. Caroli Christophori Hofacker principia iuris civilis romano-germanici II. Tubingae 1801, 393.

[78]) Dabelow, Pandecten des gem. römisch-deutschen u. forensischen Privatrechts. I. Halle 1803, 334, § 839.

[79]) Thibaut, System des Pandecten-Rechts. II, Jena 1809, 92.

[80]) Vestphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1800, 263, 264.

Nový kupec vstupuje v jeho právo dle Glücka.[81]) Löhrovi však zástavní právo zaniklo. Pouze excepce dřívějšího zástavního věřitele vlastníkovi zbývá.[82]) Než literatura cesty již nastoupené neopouští. Přetřásá se již, zdá právo na vlastní věci může vzniknouti.[83]) V učebnicích pandekt již se ukazuje, že zástavní právo u nového kupce trvá, ač pohledávka zanikla.[84]) Zachovává se ať kupci cizímu, ať zástavnímn věřiteli zadnímu proti jiným zástavním věřitelům. Nemá žádného positivního účelu, aby se z věci uspokojení došlo, nýbrž jen negativní, aby se toto uspokojení jiným zamezilo.[85]) Konfusí zaniká sice právo zástavní. Na vlastní věci nedá se žádné zástavní právo mysliti. Než ve všech případech pramenů může kupcem právo zástavního věřitele proti zadním věřitelům býti vykonáno, bylo-li to při koupi věci vyjednáno. Jim přísluší však také proti němu „ius offerendi".[86]) Na vlastních věcech nemůže právo zástavní býti nabyto. Ohledy slušnosti zavedly však anomalii, že se věřiteli přednost, které svým zástavním právem nabyl, i po nabytí práva vlastnického zachovává nebo že se naň při nabytí práva vlastnického také právo zástavní převádí anebo že stejnou skutečností i právo vlastnické i zástavní získá.[87])

Zástava věci vlastní stává se brzy také zorným úhlem, s něhož se hledí na samo právo zástavní. Ač ne dosti výslovně, je také již studií Büchla o „Povaze práva zástavního".[88]) Právo

[81]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Erlangen 1817. sv. 19, 374 a násl.

[82]) Dle zprávy Wening-Ingeheima v „Archiv für die civilistische Praxis", 6, 139.

[83]) Archiv für die civilistische Praxis, VI (1823), 134 a násl. Dr. v. Wening-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache, viz téhož Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, (1837), 1, 457.

[84]) Valett, Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes. Leipzig 1828, I, 300.

[85]) Schweppe, Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1828, 2, 339, 340, § 367a.

[86]) Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, II. Giesen 1831, 148, pozn. c. a § 303 pozn. b.

[87]) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, I, Halle 1839, 193, 194. Viz též jeho Doctrina pandectarum, vol. II, Halis Saxonum 1831, 178. Týž, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Greifswald 1836, 486.

[88]) Büchel, Über die Natur des Pfandrechtes, Marburg 1833, 85 a násl.

zástavní je „obligatio rei" a jako při obligacích mohou i při zástavním vyskytnouti se případy, kde vlastník naproti své vlastní věci je věřitelem zástavním. Koupí-li věc zadní věřitel a zaplatí předního, trvá zástavní právo, i vlastnictví. Zástavní právo je tu silnější než samo vlastnictví.[89]) Zápověď splynutí zástavního práva s vlastnictvím[90]) obchází hravě. Zápověď vztahuje se pouze na „pignus". To jest pouze zástava ruční. Ruční zástavní právo konfusí pomíjí. Při hypotece trvá.[91]) Kde prameny (l. 30 § 1 D. 44, 2) dávají actionem pigneratitiam, tam je také právo zástavní. Jeť tato žaloba jen jeho vlastním obsahem.[92]) Podle Haimbergra přechází na vlastníka zastavené věci právo zástavního věřitele. Tak chrání se proti jiným zástavním věřitelům. Vyskytá se to zejména tehdy, je-li zřejmo, že by se vlastník svého zástavního práva nebyl zřekl, kdyby byl předvídal, že mu z toho škoda vzejde.[93])

Zastavení vlastní věci je problém, který stále romanisty zaměstnává. Sintenis ve své monografii o zástavním právu jedná o zastavení vlastní věci ve zvláštním §u.[94]) Kupec zástavy, nevěda o zástavě, nabývá i práva zástavního.[95]) Cizí kupec může se excepcí nebo replikou na pořad práva odvolávati, byla-li pohledávka jeho penězi zaplacena.[96]) Totéž právo má zástavní věřitel, který nabyl zástavy, nevěda o pozdějším zástavním právu. Ví-li o něm, pomíjí jeho zástavní právo.[97]) Rosshirtovi právo zástavní konfusí nezaniká. V ostatních případech vede si vlastník tak, jako by jeho právo zástavní ještě existovalo.[98]) Právo zástavní předpokládá pohledávku, praví Göschen. V některých případech má se však za to, že trvá, ač pohledávka zanikla. Tak

[89]) L. c. 88, 89.

[90]) Viz pozn. 5.

[91]) Büchel, l. c. 91 a násl.

[92]) L. c. 96 a násl.

[93]) Anton Haimberger, Reines römisches Privatrecht, Wien 1835, II., 117.

[94]) Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1886, 96-113.

[95]) L. c. 100, 113.

[96]) L. c. 113.

[97]) L. c. 113.

[98]) Rosshirt, Gemeines deutsches Civilrecht, II. Heidelberg 1840, § 320.

přenáší se na jinou pohledávku, ač existuje bez pohledávky.[99]) Zadní zástavní věřitel a nový kupec zástavy, zaplativše kupní cenou prvního zástavního věřitele, sukcedují v právo zaplaceného.[100]) První zástavní věřitel, koupiv tuto zástavu, stává se vlastníkem pro svou větší jistotu. Třeba by se stal vlastníkem, podržuje si své právo zástavní.[101]) Burchardi má za to, že se vzhledem k ostatním zástavním věřitelům další trvání zástavního práva finguje. Lze je proti nim prováděti nejen excepcí, nýbrž i „actione hypothecaria".[102]) Dle Vangerova má se za to, že zástavní právo ještě trvá, pokud vlastníkovi ještě prostředky přislušejí, kterými se může proti zadním věřitelům chrániti. Je to možno zněním formule hypotekární.[103]) Koupí-li první věřitel, je to jen tehdy možno, nebylo-li mu známo další zavazení.[104]) Bachofen vidí v zástavním právu zástavní žalobu. Formule zástavní žaloby rozhoduje o jeho podstatě. Tuto lze prováděti stejně dobře jak před nabytím práva vlastnického, tak po jeho nabytí. Zastavení věci vlastní je tedy možné. „Pignus" Paulova místa vztahuje se na zástavní držbu. Zástavní držba se s vlastnictvím sloučiti nedá.[105]) První věřitel, koupiv věc od dlužníka, chrání se proti pozdějšímu zástavnímu věřiteli exceptione doli. Jeho dřívější zástavní právo zaplacením zaniklo. Odporovalo by slušnosti, kdyby postavení jeho po koupi bylo horší než před koupí. Oblace zástavního věřitele bude se vztahovati netoliko na kupní cenu, nýbrž i na zástavní sumu, původně pojištěnou. Pro tento obnos vstupuje oferent „in locum dimissi".[106])

Dle Seufferta přenáší se na vlasníka právo uspokojeného zástavního věřitele.[107]) Jsou to výjimky z konfuse.[108]) Pověstný

[99]) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, II, 2. vyd. Göttingen 1843, 318 (§ 329).

[100]) L. c. 363 (§ 341).

[101]) L. c. 417 (§ 364).

[102]) Dr. Georg Christian Burchardi, Das System und die neuere Geschichte des röm. Privatrechts. II. Stuttgart 1844, 579.

[103]) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I, Marburg 1851, 1027.

[104]) L. c. 1028.

[105]) Bachofen, Das römische Pfandrecht, I, Basel 1847, 86 a násl.

[106]) L. c. 540.

[107]) Johann Adam Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Würzburg 1852, 286.

[108]) L. c. 318.

je výrok Puchtův o zástavním právu na vlastní věci. Je to pojmové monstrum. Jen slušnost a účel, který se právním jednáním zamýšlí, brání při konfusi zániku práva zástavního. Má se za to, že se vlastnictví vůbec nenabylo, a právní jednání vykládá se tak, aby zástavní právo mohlo se zachovati.[109]) Puchta chce věc tedy vysvětliti jako glossa. Také Esmarchovi zástavní právo konfusí bez výjimky pomíjí. V některých případech (l. 30. § D. 44, 2; l. 17. D. 20. 4) má však za to, že kupec se chrání, jakoby zástavní právo ještě existovalo.[110]) Keller zařaďuje koupi zastavené věci novým kupcem, prvým nebo druhým věřitelem v kapitolu o sukcessi v zástavní právo. Nový kupec, praví zde, vstupuje v zástavní právo věřitele, jejž kupní cenou zaplatil. První věřitel, koupiv věc, podrží pořad svůj, druhý, zaplativ jej, vstupuje v prioritu jeho.[111]) Slova tato svědčila by pro zástavní právo. Než při konfusi uvádí Keller něco zcela jiného. Na své věci nelze míti právo zástavní. Střetne-li se zástavní věřitel s vlastníkem v jedné osobě, pomíjí zástavní právo. Ze slušnosti skytá se však přece jistá procesuální ochrana, tak jakoby právo zástavní v osobě vlastníkově nadále skutečně trvalo.[112]) I Schmid vidí v koupi zadního věřitele a cizího kupce jen fingovanou cessi. Proti nárokům zadního věřitele chrání se však vlastník exceptione hypothecaria. Jemu přísluší na výplatu zadního věřitele „utilis hypothecaria actio“. K tomu však opravňuje i jeho vlastnictví. Hlavní pohledávky hypotekární, kterou by mohl žalovati, však nemá. Takové právo přejde i na zadního věřitele, který jej vyplatí.[113]) Fikcí pomáhá si také Wächter. S excepcemi jedná se tu tak, jako by měl vlastník právo na vlastní věci, ač nemá pohledávky proti nějakému dlužníkovi. Jeho zástavní právo je jenom fikce, která má svůj dobrý důvod. Kupec zajišťuje se proti zadním věřitelům, kteří by mu věc na základě svého zástavního práva mohli odejmouti.[114])

Jiné teorie trvají na zástavním právu, přidávajíce k důvo-

---

[109]) Puchta, Pandekten, 7. vyd., Leipzig 1853, 304, 305, pozn. 1). Cursus der Institutionen, II, 10. vyd., 266, 267.

[110]) Esmarch, Grundsätze des Pandektenrechte, Wien 1860, 147.

[111]) Keller, Pandekten, Leipzig 1861, 456.

[112]) L. c., 418, Leipzig 1866, 456.

[113]) Dr. Albert Schmid, Die Grundlehren der Cession, I, Brunnschweig, 1863, 290 a násl.

[114]) Wächter, Pandekten, II, Leipzig 1881, 527.

dům starým i své důvody nové. Tak podle Simona kupec zastavené věci, který kupní cenou předního zástavního věřitele vyrovnal, vylučuje zadní věřitele na základě svého vlastního práva anebo na základě práva zástavního, kterého s koupenou věcí nabyl. V mnohých případech pak zástavní právo trvá, aniž by tu byla nějaká pohledávka. Jinými slovy: je tu zástavní místo k ochraně proti zadním věřitelům, ale žádné zástavní právo k pojištění nějaké ještě existující pohledávky. Jeť přednostní věřitel i dlužník vyrovnán. Protože však kupec zaujal zástavu svým místem v obsahu zaplaceného věřitele, tedy jen částí zastavené věci, může proti němu „ius offerendi" od zadních věřitelů býti vykonáno.[115]) Ve Weiskově právním slovníku též se tvrdí, že první věřitel a zadní věřitel, který kupní cenou prvního zaplatí, mají z důvodu slušnosti vůči zadním věřitelům ve formě excepce právo zástavní.[116])

Windscheid vidí v pramenech, že uznávají zástavní právo na vlastní věci. Přechází-li zástavní právo na vlastníka, stává se zástavním právem vázaným. Brání druhým zástavním věřitelům, aby si část hodnoty věci přivlastnili. Význam jeho jest tedy pouze negativní, ne positivní.[117]) K Windscheidovi připojuje se také Bar.[118]) Arndts pokládá za přiměřené, aby se zachovaly vlastníkovi proti zadním věřitelům tyto výhody, které mu skytá jeho právo zástavní, nikoli jeho vlastnictví. Slušnosti odporuje, aby vlastník, nabývaje vlastnictví, pozbýval své přednosti proti věřitelům zadním. Arndts odmítá náhled těch, kdož ochranu vlastníka vážou na jeho nevědomošt o právech zástavních v době, kdy vlastnictví nabývá. Takového obmezení prameny neznají. Proti Puchtovi uvádí, že monstrosní pojem práva zástavního na vlastní věci je méně odsouzení hodný, než aby se jen proto neuznávalo pravidlo přiměřené, pojmu práva odporující

[115]) Archiv für die civilistiche Praxis, 41. sv. (1858), Gustav Simon, Über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle, als solcher, in Bezug auf nachstehende, an demselben Objekte haftende Pfandrechte, 56 a násl.

[116]) Weiske, Rechtslexikon, 8., Leipzig 1854, str. 15.

[117]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Düsseldorf 1862, 655-657.

[118]) Archiv für die civil. Praxis, 53, (1870) 376, v. Bar, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte.

a vskutku důsledné, že musí se lpěti na logické konstrukci.[119]) Brinz vidí v prvních případech (l. 30. § 1. D. 44, 2; l. 1 C. 8. 19) konkurenci hypotekární sukcese se zástavním právem na vlastní věci.[120]) Baronovi jsou všechny případy pramenů výjimkami z pravidla, že zástavní právo konfusí zaniká. Právo zástavní nezjednává tu žádné jistoty, ale brání vzestupu zadního věřitele. Tomuto zbývá právo na hyperochu a „ius offerendi". Výjimky ty odůvodňuje slušnost.[121])

Při ochraně vlastníka proti zadním věřitelům kladou časem někteří spisovatelé důraz na jeho vlastnictví. Tak i Dernburg. Podle něho získává vlastnické právo cizího kupce nebo zadního věřitele stejného postavení jako zaniklé právo zástavní. Je-li vlastník v držbě, má proti zadním věřitelům ku své ochraně obranu. Není-li v držbě, zjednává si ji proti zadním věřitelům vindikací a na obranu zástavního práva replikuje, že uspokojil předního hypotekáře.[122]) Koupí-li první věřitel věc od dlužníka, zaniká právo zástavní. Ze slušnosti není však tento zánik na prospěch zadním věřitelům. Primus má se proti nim, jakoby jeho právo ještě existovalo. Než i tito mají postavení, jako by nabytého vlastnického práva ani nebylo.[123]) Dle Paulova místa zástavní právo zaniklo. Vlastníkovi dává se však ještě „actio hypothecaria", ježto jsou tu posavad její formální podmínky. Nestalo se „satisfactio".[124]) Podle Dernburga je fundamentálním základem práva římského, že zástavní právo na vlastní věci není možné. Moderní právo je sice vytvořilo, ale právě jako pitvoru práva římského, nikoli jako jeho postupný výtvor.[125])

Ještě více akcentuje právo vlastnické Bremer. Vlastník má neobmezené právo vlastnické, aby věci užil nebo ji zpeněžil. Obojí právo může obmeziti. Své právo na užitek věci služebností, své právo na zpeněžení věci právem zástavním. Dvojí může býti

[119]) Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. vyd. Stuttgart, 1889, § 389, text a pozn. 2.

[120]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. vyd. Erlangen 1882, 865.

[121]) Baron, Pandekten, 8. vyd. Leipzig 1863, 353, § 207.

[122]) Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1864 2, sv. 515.

[123]) L. c. 526.

[124]) L. c. 573. Viz též Paulus Jaeckel, De successione hypothecaria. Dissert. inaug. iuridica. Wratislaviae 1868, 19 a násl.

[125]) Dernburg, Pandekten, I, Berlin 1902, 700, 701.

postavení práv k jeho obmezenému právu. Buď mu mohou následovati nebo jemu předcházeti. Následují-li za ním, může ten, kdo má služebnost, vykonávati ji, neruše předchozího vlastníka. Kdo má zástavní právo, nemůže překážeti vlastníkovi, aby před ním na hodnotu věci nárok činil. Právo vlastníkovo není žádné formální právo disposiční, je to vlastnické právo samo. Vsáhá-li vykonavatel služebnosti do jeho předchozího práva na užití věci, vystupuje proti němu žalobou negatorní. Vsáhá-li do jeho práva na hodnotu věci zadní věřitel, musí i jemu jakási obdobná žaloba negatorní příslušeti. Totéž právo, které má zadní věřitel proti prvnímu, má i proti vlastníkovi. Vykoná-li „ius offerendi", je mu pak věc svou plnou hodnotou zastavena.[126])

Právní styk a slušnost žádají, aby se kupec zástavy chránil proti pozdějším věřitelům. Podružný význam má, jak řeší věc Hofmann, zda se právo vlastníkovo zove právem zástavním. Toto zástavní právo má jen význam negativní. Má se jím jen jiný vyloučiti, aby si hodnotu věci nepřivlastnil. Lhostejno je, zda se zove podle Dernburga právem vlastnickým, jež má postavení zaniklého práva zástavního, nebo podle Bremra předním právem vlastníkovým.[127])

V Paulově místě vidí i Ihering skutečné právo zástavní: Zástavní právo a vlastnictví nekryje se zde plně. Jsouť zde vedle zástavního věřitele, vlastníka, ještě jiní zástavní věřitelé. Mohou proti němu vykonati „ius offerendi". Což on proti nim nikoli? Což prodá-li věc s výhradou práva zástavního, má míti i jeho nástupce, nikoli právo zástavní, nýbrž zase jen žalobu zástavní? Takový nešťastný náhled nemohl jistě ani Paulus míti. Jinak připouští však Ihering i jisté právní poměry bez subjektu. Každé právo slouží subjektu ku jistému jeho účelu. Není-li přechodně tohoto subjektu, může právní určení věci prozatím potrvati. Je to podle Iheringovy teorie t. zv. pasivní účinek práv.[128])

Duchaplným způsobem vysvětluje Paulovo místo Buchka. Vlastník nemůže držbu věci uchovati proti zástavním věřitelům. Musí jim věc vydati. Právo jejich je tedy silnější než jeho právo.

[126]) Bremer, Hypothek u. Grundschuld, Göttingen 1869, 50-53.

[127]) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts, X (1869), 377 Hofmann, Zur Theorie des Pfandrechts.

[128]) Iherings Jahrbücher, X (1871), 452 a násl. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte.

Právo toto není ve vlastnictví obsaženo. Splyne-li proto vlastnictví s právem zástavním, nezaniká předchozímu zástavnímu věřiteli moc, aby držbu zástavy zadním věřitelům odňal. Vlastníku zůstává tedy „ius possidendi" na základě jeho zástavního práva.[129]) Právo zástavní jest jednotné právo, od něhož se někdy jednotlivé účinky mohou odpojiti a samostatnými právy státi. Mohou-li se ještě některá práva „iure pignoris" vykonávati, nezašlo zástavní právo vůbec. Plnému výkonu vadí snad konfuse, ale jakmile tato cessí pomine, má cessionář všechny své zástavní výhody.[130]) Pro prvního věřitele jako kupce vymýšlí nemožnou konstrukci „Datione in solutum" dostala prý se „pignora" na srážku pohledávky jiné než zástavní.[131]) I na zástavní pohledávku lze je počítati, když „datio in solutum" evikcí zadního věřitele se zvrhne a dřívější zástavní pohledávka zase se uplatňovati může.[132]) Koupí-li zástavní věřitel a započítá-li kupní cenu na zástavní pohledávku, zanikne jeho právo zástavní. I musí věřitelům zadním ustoupiti.[133]) Koupí-li druhý věřitel anebo cizí osoba a zaplatí-li z kupní ceny věřitele prvního, nepřevádí se žádné zástavní právo, nýbrž jen protinárok za náklad na věc (zaplacení předního věřitele). Stojí-li v l. 3. C. 8, 18 „in ius eorum successisti", třeba to bráti jen v praktickém smyslu.[134])

Algebraickou formulkou chce Muther v kritice Buchkova spisu vystihnouti význam konfuse. Označí-li se zástavní právo jako „a", lze si mysliti zastavenou věc jako „r—a". Získá-li věřitel vlastnictví, má „a + r — a", což má za následek zánik „a". Je-li na věci ještě další právo zástavní, nedá se to naznačiti

[129]) Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, Wismar, Rostock u. Ludviglust, 1875, 16 a násl. Viz k tomu: Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47 (recense od Th. Muthra), Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswiss. 18., 104 a násl. (recense od Regelsbergra).

[130]) L. c. 26.

[131]) L. c. 32. — Náhled tento je očividně nesprávný. L. 1. C. si antiqu. cred. 8, 19, vztahuje se na pohledávku zástavní (pignora in solutum). — Případ se rovná prodeji osobě druhé (quam si aliis easdem res debitor vendidisset). Nelze také porozuměti, jakého prospěchu by došel přední zástavní věřitel, kdyby zadluženou zástavu převzal datione in solutum na nějakou jinou pohledávku. Jak by se provedlo súčtování? — Viz též Hartmann, Rechte an eigener Sache, 47.

[132]) Viz l. c. 34 pozn. 5, kde dovolává se l. 46 pr. D. de solut. 46. 3.

[133]) L. c. 35.

[134]) L. 44 a násl.

formulkou „r — a — b“ nebo „r — (a + b), poněvadž „b“ nebylo vedle nebo společně s „a“, nýbrž teprv po „a“ vlastnictví „r“ obmezuje. Nabude-li tedy věřitel „a“ to „r“, nemá „a + r — a — b“, nýbrž „a + r — (a, za nímž následuje b)“.[135])

Zástavní právo na vlastní věci připouští Bekker,[136]) Schott,[137]) a Goldschmidt.[138]) Hypoteka vlastníkova, jak tento vykládá, jest pouze část vlastnictví, která se ze zabavení vylučuje.[139]) Hartmann vidí v Paulově místě skutečné zástavní právo. Paulus nešel do jádra věci. Zůstal z pohodlí při zevní formule hypotekární žaloby.[140]) Koupí-li první věřitel, pomíjí osobní závazek dlužníka. Proti zadním věřitelům je ještě zástavní mocí sankcionováno staré debitum. Jeví se i v sukcessi zadního věřitele v toto debitum, vykoná-li proti vlastníkovi „ius offerendi“.[141]) Stejně rozhoduje pochybnosti, koupí-li osoba třetí.[142]) Též Roth přidává se k těm, kdož vidí u vlastníka skutečné zástavní právo. Z práv, které mu prameny skytají, dá se souditi, že zástavní právo pro jeho osobu nadále trvá.[143]) Kuhlmann, konstruuje právo zástavní jako věcné právo k prodeji (dingliches Verkaufsrecht). Spojí-li se vlastnictví se zástavním právem na věci, kteráž ještě pozdějšími zástavními právy jest zatížena, nabývá vlastník jen obmezeného práva k propeji. Nemůže volně zcizovati jako vlastník. Není tedy žádného důvodu ke konfusi. Z toho tedy všeobecně již plyne, že se vlastnictví se zástavním právem docela dobře snáší.[144]) V Paulově místě stejně s Büchlem a Bachofnem vztahuje „pignus“ pouze na ruční zástavu. Ruční

---

135) Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47, 819.

136) Ernst Immanuel Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1873, II, 370, 371.

137) Iherings Jahrbücher, 15 (1877), 31, H. Schott, Über die accessorische Natur des Pfandrechtes.

138) Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 5.

139) L. 37.

140) Dr. Gustav Hartmann, Rechte an eigener Sache. Freiburg 1877, (Universitätsschrift), 43 a násl.

141 L. c. 50.

142) L. c. 52.

143) Archiv f. d. civil. Praxis, 62, 119. Roth, Die hypot. Succession und die Eigenthümer-Hypothek.

144) Hugo Kuhlman, Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Leipzig 1881, 33.

zástava zjednává však takové panství jako vlastnictví. Bylo by nesmyslno, aby se činil rozdíl mezi držbou „ad pignoris“ a „ad dominii causam“. Ruční zástava na vlastní věci není tedy možna.[145]) Prvnímu věřiteli jako kupci přisuzuje Kuhlmann právo zástavní na vlastní věci. Význam jeho leží v právu zadních věřitelů, jichž právo na prodej nepomíjí. Vlastníkovi se však zachovává právo zástavní, aby mohl prodej znemožniti.[146]) Koupí-li druhý věřitel nebo osoba třetí, nabývá práva zástavního na věci vlastní.[147]) Ukazuje to již Hartmann, pravě, že obmezená práva věcná nedají se definovati jako práva na věci cizí a také Sohm, že akcessorita k podstatě práva zástavního nenáleží.[148])

Dle Wendta mluví se o zástavním právu na vlastní věci v těch případech, kde věc je vícekráte zastavena. Zanikne-li lepší právo zástavní konfusí s vlastnictvím, nemá se tím právo zástavní zadních věřitelů polepšiti, aby, vykonávajíce své právo zástavní, poškodili vlastnictví. Ani „actio hypothecaria“, ani exceptio rei pigneratiliae“ nemá jim býti povolena. Ale vlastník chrání se proti takovým nárokům excepcí a replikou. Tento nárok má ze slušnosti, třeba by jeho lepší právo zástavní již neexistovalo, zaniknuvši konfusí.[149]) Pro zástavu na vlastní věci jest Naber. Vedlo by to k nespravedlivosti, kdyby se sloučení vlastnictví a zástavního práva v jedné osobě nepřipouštělo. V Paulově místě za definicí „pignus perseverare (non posse) domino constituto creditore“ následuje: „actio tamen pigneratilia competit“. Ze slov těch je zřejmo, že nemínila se věc definicí rozhodnouti.[150]) Probíraje všechna místa pramenů, hájí z nich zástavní právo na vlastní věci také Wiessner.[151]) Grundmann vidí ve všech případech pramenů skutečné právo zástavní. Prameny připouštějí je ze slušnosti a účelnosti. Odporovalo to sice základním zásadám práva věcného, totalitě vlastnictví a akcessoritě práva zástavního. V lidovém právním vědomí zakořeněno

[145]) L. c. 43—51.

[146]) L. c. 51—52.

[147]) L. c. 64 a násl.

[148]) L. c. 82.

[149]) Dr. Otto Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, 429.

[150]) Mnemosyna. Nova series, 18 [1890], 396. J. C. Naber, Observatiunculae de iure romano.

[151]) Dr. jur. Alfred Wieszner, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach römischem Rechte. Breslau 1893, 3 a násl.

bylo pravidlo „pignus rei suae consistere no potest“. Než ač Římané mnoho viseli na svých právních příslovích, musili z nich přece výjimky připustiti.[152])

Z francouzských právníků Girard drží se Dernburga. Aspoň považuje za lepší system, který připouští sukcessi v pořad, než system se sukcessí v hypotéku.[153]) Z polských právníků Zoll připojuje se k výkladu Dernburgovu o postavení zadního věřitele a posiluje jej ještě interpretací Paulova místa. Zadní věřitel nemá právo na prodej pokud první není spokojen. Vlastník tomuto jeho právu až do svého úplného zaplacení odporuje. Tak řečené právo na vlastní věci je tedy obmezení zadního věřitele, aby nevykonal právo věřitele prvního.[154]) Z českých právníků Heyrovský má za to, že zástavní právo konfusí pomíjí. Obživne však zase, vykoná-li jeden ze zadních věřitelů proti vlastníku „ius offerendi“. Vlastník sám má proti zadnímu věřiteli postavení věřitele předního. Nevzdal se práva zástavního, když se s vlastnictvím střetlo.[155])

I některá rozhodnutí z poslední doby platnosti práva římského lze uvésti. Tak rozhodla nejvyšší apelační rada v Darmštatě (3./9. 1830) podle Paulova místa pro zástavní právo.[156]) Proti němu při koupi prvního věřitele vyslovil se apelační soud v Celle (30. 6. 1873).[157])

[152]) Otto Grundmann, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaugural-Dissertation. Borna Leipzig 1904, 17, 33, 34.

[153]) Paul Fréderic Girard, Manuel élementaire du droit romain. Paris 1911, 785.

[154]) Rozprawy i sprawozdania z posiedzeń wydzialu historiczno-filosoficznego Akademii umiejetnosci v Krakowie, XIII [1881], 351, Dr. Fryderyk Zoll, O prawie na rzeczy wlastnej (ius in re proprie) ze stanowiska prawa rzymskiego.

[155]) Dr. Leopold Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského. V Praze 1910, 510.

[156]) J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 13 č. 310. Otec prodal synovi dům s tím, že zaplatí hypotekární dluhy. Smlouva o koupi domu se zrušila a jmění prodavače přišlo do konkursu. Nejvyšší soud přisuzuje synovi zaplacené dluhy v pořadí vyrovnaných věřitelů.

[157]) Seuffert's Archiv, 28 č. 110. Věřitel převzal datione in solutum na srážku hypotekárních dluhů dům, na němž v 1. pořadí byla jeho pohledávka. Dům tento prodal zase se stejným závazkem 3. osobě. Když tato upadla

Všechny tyto náhledy přinesly každý svou hřivnu, aby se podstata věci poznala. Ti snad přiblížili se jí nejvíce, kdo konfusí nedávali zástavnímu právu zaniknouti, byla-li věc stížena ještě jinými zástavními právy. Třeba k tomu dodati ještě několik slov. Týkají se samého pojmu zástavního práva. Romanisticky skýtá věřiteli právo, aby svou pohledávku z kupní ceny věci uhradil. V jiné části naší studie bude o tomto pojmu pověděno více. Právo zástavní vybírá tu z vlastnictví jednu jeho moc: disposici prodejem. Při vlastnictví jde tato moc na celou kupní cenu, při zástavním právu jen na část, která zástavní pohledávce odpovídá. Tato pohledávka může ji však také vyčerpávati anebo dokonce převyšovati. Je-li zde jen jediný zástavní věřitel a splyne-li právo jeho s právem vlastnickým, zanikne. Postoupí-li však věřitel před tím část své pohledávky někomu jinému, takže jsou zde dva věřitelé, nemůže již konfuse míti těchto účinků. Právo na prodej mají pak věřitelé dva. Jsou v příčině něho podílníci. Splyne-li právo jednoho podílníka s vlastnictvím, nepovstalo žádné vyrovnání, žádné odečtení. Právo obou dvou podílníků bylo by se skrylo plně s vlastnictvím. Splynutí pouze jednoho práva s vlastnictvím nechává právo druhého podílníka při plné jeho síle, ba skytlo by mu i právo silnější, kdyby splynutí přednějšího zástavního práva s vlastnictvím způsobilo zánik tohoto přednějšího práva. Prameny jsou si toho při podílnictví ve vlastnictví plně vědomy. Splyne-li služebnost se spoluvlastnictvím, trvá služebnost dále (L. 8, § 1. D. 8, 1.; L. 30, § 1. D. 8. 2).[158]) Obraťme to nyní a mysleme si, že někdo společně s jinými má ususfructus. Jeden z těchto podílníků usufructu stane se vlastníkem. Ususfructus nezaniká. Trvá dále pro ostatní podílníky, ale také pro vlastníka-podílníka. Byl-li výkon ususfructu někomu úplatně postoupen, béře podílník, který se stal vlastníkem, svůj podíl z úplaty jako usufruktuář, nikoli však jako vlastník. Právem bylo proto na to ukázáno, že při konfusi třeba hleděti ku jejímu významu materielnímu, ne formelnímu.[159]) Toho dotčeno

v konkurs, přisuzuje při likvidaci nejv. soud zadnímu věřiteli jeho pohledávku před pohledávkou v 1. pořadí. Tato prý zanikla.

[158]) Felix Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, 6. Heyrovský, Dějiny a system soukromého práva římského, 1903, 491.

[159]) Dr. Paul Kretschmar, Die Theorie der Confusio, Leipzig 1899, 53.

bylo i v Basilikách.[160]) Vlastnictví musí absorbovati právo, s nímž splynulo. Toho není při podílnictví v usufruktu a také nikoli při několikerém zastavení jedné a téže věci. Je-li stížena věc více zástavními právy a vlastnictví splyne s jedním z nich, nemůže býti řeči o žádné absorbci. Všichni zástavní věřitelé tvoří tu jednotu. Vykoná-li se zástavní právo jedním, vykoná se pro všechny. Stanou-li se všichni zástavní věřitelé vlastníky, tu logicky přirozeně zanikne jejich právo, poněvadž nemohou jako vlastníci míti je proti sobě.[161])

Některé z předpisů římského práva přešly i do moderních zákonů, tak do code Napoleon[162]) a do občanského zákoníka italského z r. 1865.[163]) Ohlas nauky glossatorů o odvolatelném vlastnictví zaznívá nám ještě z pruského Landrechtu.[164])

II.

Vlastníkova hypoteka německá.

§ 3. Vznik na různých místech.

Římská hypoteka vlastníkova zdála se býti anomalií a právnický důvtip po staletí snažil se ji vyrovnati. Někteří viděli v ní nedůslednost, již slušností chtěli odůvodniti. Při německé vlastníkově hypotece nemohou takové pochyby vůbec vzejíti. Zjev její jest důsledný projev principu, z něhož moderní právo hypoteční vyšlo. Základem jeho jest zápis v pozemkové knize, jemuž odpovídá úřední příkaz kvoty nejvyššího podání podle zápiso-

[160]) Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae edidit Zacharias a Lingental, p. 113. (Steph. index l. 5, l. § 1 non etiam dominus, quia, dum proprietas penes eum est, non potest separatum ursumfructum habere, potissimum quidem quia obtegitur amplitudine dominii.) Kretschmar, 58.

[161]) O absorbci lze mluviti, vyskytne-li se konfuse v osobě hlavního dlužníka a věřitele, nikoli však v osobě rukojmího a věřitele. Viz k tomu Archivio giuridico, 48, str. 147, Brunetti, La legge 21 § 5 Dig. de fidejussoribus et mandatoribus, XLVI, 1.

[162]) Art. 1251: La subrogation a lieu de plein droit . . . 2° Au profit de l'acquereur d'un immeuble, qui emploie le prix au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

[163]) Art. 1253 stejného znění jako art. 1251 code civile.

[164]) PLR I, 16 § 482: Auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache, oder der Berichtigte das Eigenthum der verpflichteten Sache aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde überkommt.

vého pořadu. V jedné věci podobá se římské hypotece vlastníkově. Brání vzestupu zadních věřitelů. Než i v této své podobě liší se od ní. Římská hypoteka vlastníkova právě vznikla, aby tento vzestup zamezila. Vyloučený vzestup je důvod její existence. U německé vlastníkovy hypoteky je toto vyloučení její pouhý následek. Vlastníkova hypoteka tu je, i když žádných zadních věřitelů není. Jsou-li, vylučuje jejich vzestup, poněvadž právě pro její existenci nemohou vzestoupiti. V druhém díle této práce bude pojednáno o tom, že německá vlastníkova hypoteka vyšla z pravidelného vývoje práva hypotečního. Zde budiž v hrubých rysech jen naznačeno, jak k ní došlo.

Je příznačno, že vlastníkova hypoteka vzniká souběžně a téměř současně na různých místech. Bez nějaké vzájemné spojitosti. Na jihu i na severu. Nejdříve v Prusku. Jeho zemské právo z r. 1620 a také jeho revise z r. 1685 stanoví, že nemovitosti (res soli) toliko zápisem do soudních nebo úředních knih mohou býti zastaveny.[1]) Ale jinak podléhá ještě vlivům římským.[2]) Stejně hypoteční a konkursní řád ze dne 19. ledna 1725[3]) pro Prusko a hypoteční řád ze dne 4. srpna 1750 pro Slezsko.[4]) Než třeba by se obsahem trvalo na principu římském, forma zástavního práva byla jiná, a forma tato časem vyplnila i obsah jeho jinak. Akcessorita práva zástavního nemohla se dobře srovnati se zápisem, který trval, pokud se nevymazal. K tomu podle hypotečního řádu pruského ze dne 10. prosince 1783 byl oprávněn pouze věřitel, jenž ingrossovaný list ve svých rukou měl. Maje v rukou tento list, mohl pohledávkou disponovati. Tuto disposici měl i vlastník, který pohledávky nabyl, i věřitel, který stal se vlastníkem. Z názoru o akcessoritě zástavního práva vyšel také v pruském Landrechtu (LR) I, 16, § 482 o konfusi a I, 20 § 520 o zániku věcného práva věřitelova, zanikl-li jeho nárok. Než do skutečného výmazu, který I, 20, § 521 také dlužníkovi propouští, zástavní právo formálně trvá, a zánik jeho nelze dle I, 20, § 522

[1]) Ius provinciale ducatus Prussiae (1620), kn. 4. tit. V art. V, art. VIII jedná též „de his qui in priorum creditorum locum succedunt. Viz dále Curfürstlich Brandenburgisches revidirtes Landrecht des Herzothumbs Preussen gedruckt 1683, 4. kn., tit. V, art. V, § 1.

[2]) L. c. art. VIII o hypot. sukcessi, 5. kn., tit. VIII, art. II § 2 o povinnosti dědicově, aby vyvadil odkázanou zástavu.

[3]) Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII 1, 8, 9.

[4]) L. c. 13, 15.

proti třetím osobám namítati, mohly-li pozemkové knize důvěřovati.

Formálního zápisu chopila se již před vydáním pruského LR prakse a docela i se svolením vyšších úřadů postupovaly se položky již zaplacené, ale dosud nevymazané, na jiné osoby.[5]) Prakse dala i podnět k úpravě zákonodárné. V jednom poručenském případě bylo sporno, zda hypoteka, která dědictvím neb jiným právním aktem přejde na vlastníka, zaniká anebo zda může ji vlastník přes to, že je též dlužníkem, dále postoupiti. Dobrozdání zákonodárné komise, které za tím účelem bylo vyžádáno, rozhodlo, že zástavní právo zaniká na návrh držitele hypoteky pouze výmazem v knize hypoteční. Splyne-li s vlastnictvím, však nezaniká a vlastník může nevymazané právo zástavní platně někomu jinému dále postoupiti. Různé úvahy tanuly tu zákonodárné komisi na mysli. I v obecném právu povoluje se restituce při konfusi v těch případech, kde by materiální škodu způsobila. Tato římská nauka o konfusi přešla do pruského LR se stejným smyslem. Při zástavních listech, které taktéž hypotekární pohledávky jsou, může býti vlastník hypoteky také vlastníkem zástavního listu. Svéráz zřízení hypotekárního nedává zadním věřitelům právo na vzestup. Vlastníkovi třeba tudíž skytnouti ochranu. Zákonodárná komise viděla ji v dalším trvání hypoteky i po konfusi. Vlastník je i nadále „creditor hypothecarius cum iure praelationis". Hypoteka je mu důvodem, aby uprázdněným hypotečním místem nakládal a na ně úvěr si zjednal. Dobrozdání zákonodárné komise potvrzeno bylo královským reskriptem ze dne 11. srpna 1802 a připojeno jako § 52 dodatkem k LR, I, 16, § 484.[6]) Případ týkal se tedy jen konfuse. Brzo vzešla pochybnost, zda lze předpisu o konfusi použíti, zaplatí-li vlastník pozemku pohledávku, na něm zjištěnou. Otázka předložena státní radě. Zde mínění se rozcházelo. Také soudy nebyly jednotné. V západních Prusích a Pomořanech soudy připouštěly postupy

[5]) Archiv für die civilistische Praxis 62 (1879), 131, Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek, Förster-Eccius, l. c. 446, 447, 600.

[6]) Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preussens, III, 3. vyd. 1904, 643, Bruck, Die Eigenthümerhypothek, Jena 1903, 83. Förster-Eccius, Preuss. Privatr. III, 6. vyd. 1892, 599. Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/2, 288. Dr. W. Bornemann, Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts, IV, Berlin 1836, 393 a násl.

zaplacených pohledávek. Soud královský se však vyslovil proti tomu. V státní radě rozhodla úvaha, že zadním věřitelům by připadl prospěch, na který nemají nároku a s kterým nemohou počítati. Z dobrozdání státní rady, které podepsal také romanista Savigny a germanista Eichhorn[7]), vyšla deklarace ze dne 3. dubna 1824 k § 52. Vlastník hypoteky, který hypotekární pohledávku zaplatí, nabývá všech práv cessionáře této pohledávky, ať o zaplacení cesse nebo kvitance byla vydána, ježto kvitance i cessi v sobě zahrnuje.[8])

Trojice severoněmeckých přímořských měst Hamburk, Bremy a Lubek přišla již záhy k samostatným formám pozdější německé vlastníkovy hypoteky. V Hamburku připouští již na počátku 19. stol. prakse, aby vlastník pozemku zaplacenou pohledávku na sebe převedl a tak vzestup zadních věřitelů zabránil.[9]) V Bremách zastavují se nemovitosti podle handfestního řádu ze dne 19. prosince 1833 a jeho revise ze dne 30. července 1860 odevzdáním zástavních listů, hand-

---

[7]) Gruchot, Beiträge. 48, 438 Eccius v posudku spisu „Bruck, Die Eigenthümerhypothek“, Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, III, 6, vyd., 600. pozn. 18.

[8]) Anhang § 52: „Hypothekenrechte werden nicht durch die blosse Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin, ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Andern abtreten.“ Deklaration des § 52 des Antr. v. 3. April 1824 (G. S. S. 77): „Wir ect. Da sich bei den Gerichten Zweifel darüber erhoben haben, ob die im § 52 des Anhanges zu dem A. L. R. für den Fall der Vereinigung der Hypothekenrechte mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person gegebene Vorschrift auch dann Anwendung finde, wenn von dem Eigenthümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt ist; so wollen Wir, auf den deshalb gemachten Antrag Unseres Justizministers und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths jene Vorschrift dahin deklariren: dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt, und die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek geniessen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall die blosse Quittung so ausgelet werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre.“

[9]) Bruck, 26, Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, Berlin 1869, 376.

festů. Zapisovati jich netřeba, ač je to možno. Zánik práva handfestního řídí se však právem římským.[10]) V Lubeku podle městského knihovního řádu ze dne 6. června 1818 a v městském obvodu podle hypotečního řádu ze dne 22. března 1820 zaniká hypotekární pohledávka konfusí. Hypotekární dlužník může však v městě do tří měsíců, v ostatním okrsku do šesti měsíců po úplném neb částečném zániku pohledávky na její místo stejnou nebo menší pohledávku dáti zapsati. Neučiní-li tak, postupují zadní věřitelé do předu.[11])

Šlesvík a Holštýn zná již docela i pevná místa. Výmazy v protokolových knihách mohou se tu podle nařízení ze dne 26. prosince 1796 díti dvojím způsobem, buď před čárou (vor der Linie, ad marginem) nebo za čáru (hinter die Linie). Při prvním výmazu lze zapsati na prázdné místo do výše staré pohledávky pohledávku novou. Právo toto přešlo i do pozdějšího zákonodárství holštýnského.[12])

V Meklenburku nutí městský řád knihovní ze dne 22. prosince 1829 věřitele, aby svému dlužníkovi při zaplacení pohledávky vydal na jiného věřitele cessi in bianco.[13]) Revidovaný hypoteční řád pro statky venkovské ze dne 18. října 1848 zřídil z hypotečního papíru samostatné věcné právo (selbständige dingliche Belastung). Osobní závazek může býti smluven, ale není jeho podmínkou. Pozdější vlastník jako takový není osobně zavázán. Vlastník může pro sebe a na své jméno hypoteku dáti zapsati a zapsanou cizí hypoteku postupem přejímati a na sebe přepsati dáti. Úroky takových položek běží teprve od té doby, kdy nemovitost nebo pohledávka na jinou osobu se převede. Pozdější předpisy počítají i působnost těchto aktů teprve od tohoto okamžiku. Položka vlastníkova nenáleží ani do konkursu ani do rozvrhu při dražbě.[14]) Zákonodárství meklenburské zná také otevřené folium (Offenhalten des Foliums) pro příští pohledávku při zápise nového nebo výmazu starého práva zástavního.

[10]) Bruck, 33, Mascher, 391/12, 393/18, 394/25.

[11]) Bruck, 22, Mascher, 400, 405,

[12]) Mascher, 184, A. C. P., 62, Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek, 126.

[13]) Mascher, 324, Bruck, 38, 39.

[14]) Mascher, 340, Bruck, 40, Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, II, 128, 150–154.

Při zápisu nového práva zástavního se předchozí otevřené folium pro budoucí pohledávku určité výše vyhražuje.[15]) Při výmazu zástavního práva starého musí vlastník dřívější místo vyhraditi. Podle pozdějšího zákonodárství mohl tak učiniti i když si otevřeného folia ani nevyhradil. Teprve nový vlastník byl z tohoto práva vyloučen.[16]) O každém hypotečním zápisu vydával se hypoteční list, v němž uveden byl statek, zapsané zavazení, obnos a jméno oprávněného, výše úroková, den zápisu a suma předchozí nebo současně zapsaná.

V Sasku vyšel hypoteční zákon ze dne 6. lisopadu 1843 z formy prakse. Vlastníkovy hypoteky lze nabýti cessí anebo konsolidací. Kdo uspokojí zástavního věřitele, může od něho místo kvitance cessi žádati, pohledávku v knihách na sebe přepsati dáti a dále ji postoupiti. Totéž právo má, kdo zapsanou pohledávku jiným způsobem než cessí nebo konsolidací získá. Kvota, na vlastníka vypadající, nepřipadá mu však ani v konkursu ani při rozvrhu dražebního výtěžku. Je-li v knihách hypotečních poznamenáno, že pohledávka má býti ve lhůtách splacena a zástavní právo za ně vymazáno, zaniká hypoteka za každou zaplacenou lhůtu a nemůže býti vlastníkem nabyta.[17]) Saský občanský zákonník z r. 1863 tyto předpisy s malými změnami recipoval. Zaplatí-li vlastník pohledávku, nepotřebuje však cesse, aby ji nabyl. Aby ji dále mohl postoupiti, převede ji zprvu na sebe. Tím rovná se pohledávce, které nabývá konsolidací. Pohledávka, která se platí po lhůtách a při každé lhůtě vymazává, převádí se na vlastníka až po poslední lhůtě.[18])

---

[15]) Meibom, II, 138.

[16]) Meibom, II, 266, Viz k tomu A C P, 62, Roth 127, Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gestzbuches für das deutsche Reich. III, 736.

[17]) Gesetz für das Königreich Sachsen die Grund- und Hypothekenbücher sowie das Hypothekenwesen betreffend vom 6. November 1848, §§ 117, 118 (Cession an den Besitzer des Grundstücks), §§ 119—121 (Consolidation). Viz též pro Sasko-Altenburg zákon ze dne 13. října 1852, Mascher, 274, Haubold, Lehrbuch des königlich-sächsischen Privatrechts, I. Leipzig 1847, 305, 306.

[18]) § 442: Befriedigt der Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes den hypothekarischen Gläubiger, so kann er, selbst wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, verlangen, dass die eingetragene Forderung entweder gelöscht oder auf seinen Namen im Hypothekenbuche umgeschrieben werde. Im letzteren Falle hat er das Recht, die Forderung Anderen abzutreten. § 443: Auch in anderen Fällen, wo sich das Eigenthum des ver-

Ne dosti přesnou formulaci pro vlastníkovu hypoteku přijalo právo bavorské. Dle § 84 hypotečního zákona ze dne 1. června 1822 může dlužník pořad (Rang) zaniklé, ale nevymazané pohledávky někomu jinému, nikoliv však pro větší sumu poskytnouti. Dále může dle § 150 téhož zákona při některé pohledávce právo si vyhraditi, že před touto pohledávkou jiné pohledávce pořad poskytne anebo může některé pohledávce jen druhou hypoteku přiznati. Zápis vyhražené hypoteky třeba však pod zvláštním číslem, vytýkajíc její sumu, zaznamenati, její přednost vysloviti a v poslední rubrice poznamenati, že stala výhrada, aby věřitel se mohl označiti. Jeho jméno zapíše se pak na příslušném místě spolu s právním titulem pohledávky.[19]) Jak zejména z nutnosti zápisu vyhražené hypoteky pod zvláštním číslem dle § 150 plyne,[20]) míní se pod slovem pořad (Rang)

pfändeten Grundstückes und die eingetragene Forderung in einer Person vereinigen, hat der Eigenthümer als Pfandgläubiger das Recht, die Forderung Anderen abzutreten. § 444: Hat der Eigenthümer in den in §§ 442, 443 angegebenen Fällen die Forderung nicht abgetreten und erfolgt die Zwangsversteigerung des Grundstückes, so wird der Übergang der Forderung auf den Eigenthümer den späteren hypothekarischen Gläubigern gegenüber wirkungslos. § 449: Ist eine Forderung im Hypothekenbuche so eingetragen, dass die Zahlung in Terminen erfolgen und die Hypothek wegen jeder Terminzahlung gelöscht werden soll, so kann von dem in §§ 442, 445 gedachten Rechte auf Umschreibung im Hypothekenbuche nur bei der letzten Terminzahlung Gebrauch gemacht werden. Viz též Mascher, 242, Meibom, IV, 118 a násl. Dr. Paul Grützmann, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, I, Leipzig 1887, 323, Bruck, 52, Roth, System des deutschen Privatrechts, III, Tübingen 1886, 688.

[19]) § 84: Der Schuldner kann nach erloschener aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypotek den Rang dieser Hypotek einem Andern, auch einem neuen Gläubiger jedoch für keine grössere Summe einräumen. § 150: Hat sich der Schuldner bei einer Forderung das Recht vorbehalten, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen oder hat er derselben nur einen bestimmten Platz zum Beispiel die zweite Hypothek zugestanden, so muss bei dem Eintrag jener Hypothek die vorbehaltene Hypothek unter ihrer eigenen Nummer und mit einer bestimmten Summe vorgemerkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt, und in der letzten Columne bemerkt werden, dass die Benennung des Gläubigers noch vorbehalten sei. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und der Name des Gläubigers eingetragen. Viz též Mascher, 412, Meibom, III, 277—290, Bruck, 46, 47,

[20]) Viz pozn. 19 „die vorbehaltene Hypothek unter . . vorgemerkt.“

nikoli vlastnost zástavního práva, nýbrž zástavní právo samo. Pořad bez zástavního práva není vůbec ničím. Je to ovšem zástavní právo vlastníkovo, jehož dle § 84 může vlastník pro novou pohledávku užíti. Je to zástavní právo, kterému právě z této příčiny nemůže při dražebním rozvrhu průchodu zjednávati. Knihovně se ovšem prováděla věc převodem pořadu.[21]) Prakse lpěla tu přísně na kvalitě zaniklé pohledávky. I nepřipouštěla postup pořadu na definitivní pohledávku za zaniklou pachtovní kauci,[22]) pohledávky časem vázané na pohledávku časem neobmezenou, simultánní hypoteky na solohypoteku, bezúročné pohledávky na úročnou a umořitelné na neumořitelnou. Právo vlastníkovo podrobovala prakse i exekuci.[23]) Teoreticky uvažovalo se podle cit. hypotečního zákona také o tom, zda vlastník zástavu pro dluhopisy na majitele zříditi může.[24])

Švýcarské právo jevilo před jednotnou kodifikací velikou rozmanitost. V kantonálním právu dalo se napočísti 60 růz-

Vormerken znamená zápis prozatímního neúplného právního stavu. Viz Meibom, III, 19/4.

[21]) Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht (Meibom, III), 82 navrhoval pro § 84 zápis: Die unter Nr. X versicherte Forderung ist bezahlt und der Rang der hiefür eingetragenen Hypothek von Herrn N. N. (dem gegenwärtigen Liegenschaftseigenthümer) auf Herrn X. X. (den neuen Gläubiger) für ein mit vier vom Hundert verzinsliches Darlehen von dem Betrage der bezahlten Forderung übertragen worden. Pro § 150 uváděl (str. 81) tento vzor: Záznam: „Zwölfhundert Gulden zu fünf vom Hundert verzinslich werden als erste Hypothek einstweilen vorgemerkt . . Do rubriky poznámek: Die Benennung des Gläubigers und des Forderungsgrunds ist vorbehalten. V rubrice poznámek k pohledávce na druhém místě zapsané, mělo se připojiti: Mit dem Range nach der am heutigen Tage unter Nr. 1 vorgemerkten Hypothek. Zadala-li se později vyhražená hypotheka, mělo se zapsati: Die unter Nr. 1 vorgemerkte Hypothek wurde dem Herrn N. N. für ein baares Darlehen in gleichem Betrage bestellt und wird nunmehr eingetragen.“ V rubrice poznámek při č. 1: Nunmehr eingetragen. S. unten X.

[22]) Blätter für Rechtsanwendung, 18, 413, rozh. z 21/5 1853. Kauce pachtovní není prý žádnou definitivní hypothekou. Zadní věřitel může na to spoléhati, že pachtovné se ve svých lhůtách splatí. Vydavatel tohoto časopisu Seuffert káře toto rozhodnutí. Není zde žádného rozdílu mezi pachtovní kaucí, která ručí za pachtovné lhůty, a pohledávkou ze zápůjčky, jiež v částech jest platiti.

[23]) Paul Roth, Bayrisches Civilrecht, II, Tübingen, 1872, 465, 466.

[24]) Blätter für Rechtsanw. 13, 321–331, Dr. Lotz, Über Hypothekbestellung in Schuldbriefen, welche auf jeden Inhaber lauten.

ných způsobů, jak se nemovitosti zastavují.[25]) Vývoj práva hypotekárního béře se zde dvěma proudy. Při jednom zastavují se nemovitosti rentou (Gültrecht), při druhém zápisem práva zástavního na obecnoprávním základě. Při rentě již dle její povahy nemohlo se mysliti na akcessoritu. Ale i osoba určitého věřitele ustupovala při ní do pozadí. Jméno jeho se v rentových listech proto fingovalo. List zpeněžil se příležitostně dle potřeby. Z této formy přišlo se pak k rentovým listům na majitele. Někde vydával však vlastník rentový list přímo na sebe. Někde byly rentové listy, na jméno některého věřitele znějící, vlastníkem do ruční zástavy odevzdávány, jím vypláceny a zase zpět přijímány, aniž by snad nějakou konfusí své právní existence pozbývaly. Hypoteku se zástavním listem spojuje zemský zákon ze dne 31. ledna 1857. Na způsob zástavních listů, které u nás některé ústavy podle zák. ze dne 24. dubna 1874 č. 48 ř. z. vydávají, mohl vlastník do výše zřízené hypoteky vydávati zástavní listy, akcie (actions) na majitele nebo na jméno.[26]) Dělo se to notářským aktem. V něm byla uvedena nemovitost, jež měla zástavním listům sloužiti za hypoteku, zároveň se svými předchozími závadami, počet zástavních listů, jejich hodnota, způsob postupu, výplaty nebo amortisace. Zástavní list měl býti opatřen podpisem zástavce a notáře. Zástavní akt měl býti zapsán do zvláštního registru jako jiné zástavní listiny zapsané v úřadě hypotekárním. Také právo na obecnoprávním základě zná náběhy ku vlastníkově hypotece. Vedle zástavní sukcesse podle římského práva připouští i výhradu zástavního práva před zástavním právem vkládaným.[27]) Jednotná kodifikace švýcarského práva zjednodušila kantonální zastavování na trojí způsob: zástavním zápisem (Grundpfandverschreibung, hypthèque, ipoteca), zástavním zápisem s dlužním listem (Schuldbrief, cédule hypothécaire, cartella

[25]) Schweizerisches Civilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf. III. Heft: Das Sachenrecht, Bern, 1902, 189.

[26]) Eugen H u b e r, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, III, Basel 1889, 438—444, 500—504, B r u c k, 62—67, KSZ, IV, Carl W i e l a n d, Das Sachenrecht des schweiz. Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909, 286.

[27]) H u b e r, l. c., 500, § 26 knih. zák. baselstadského: Titel, die frühere zu ersetzen bestimmt sind, geniessen auch bei späterer Eintragung das Vorgangsrecht des Titels, an dessen Stelle sie treten. Ebenso, wenn in einem Überbesserungstitel vorgehende Pfandrechte vorbehalten und vorangestellt sind, behalten dieses ihr Vorgangsrecht, auch wenn sie vielleicht erst später als diese Überbesserung eingetragen sind.

ipotecaria) a zapsanou rentou (Gült, lettre de rente, rendita fondiaria). Při dvou prvních je soukromoprávní poměr, renta je bez něho. Dlužní list a renta mobilisují zástavu. Lze ji listem převáděti.[28]) Zastavení vázáno jest při všech těchto třech způsobech na pevné místo (Pfandstelle, case hypothécaire, posto del peguo), které se věřiteli přikáže. Může to již při prvním místě býti místo druhé i následující, udá-li se suma, jež pořadem má předcházeti.[29]) Zadní věřitelé na místo vymazaného práva zástavního nenastupují. Místa toho může se použíti pro nové zástavní právo. Smlouvy o nástupu zadních věřitelů, mají-li míti účinek věcný, musí se do knih zaznamenati.[30]) Při dražebním roku se však neužité zástavní místo nečítá.[31]) Vlastníkovi náleží tedy disposice uvolněným místem. Není-li vlastník osobním dlužníkem, nabývá po zaplacení jako cessionář i pohledávky.[32]) K uvedeným třem způsobům zástavy řadí švýcarský občanský zákonník ještě zápis práva zástavního za celkový obnos dluhu, který rozvržen je na dlužní úpisy, znějící na věřitele nebo majitele.[33])

[28]) Viz spis v pozn. 25, 190, 191 a §§ 193, 877, 851, 859, 869 švýcarského občanského zákona ze dne 10. prosince 1907.

[29]) Švýcarský občanský zákoník ze dne 10. prosince 1907, § 813: Die pfandrechtliche Sicherung ist auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird. Grundpfandrechte können in zweitem oder beliebigem Rang errichtet werden, sobald ein bestimmter Betrag als Vorgang bei der Eintragung vorbehalten wird.

[30]) § 814: Sind Grundpfandrechte verschiedenen Ranges auf ein Grundstück errichtet, so hat bei Löschung eines Grundpfandes der nachfolgende Grundpfandgläubiger keinen Anspruch darauf, in die Lücke nachzurücken. An Stelle des getilgten vorgehenden Grundpfandes darf ein anderes errichtet werden. Vereinbarungen über das Nachrücken von Grundpfandgläubigern haben nur dann dingliche Wirkung, wenn sie vorgemerkt sind. W i e l a n d. 325 a násl.

[31]) § 815: Ist ein Grundpfandrecht ohne Vorhandensein eines vorgehenden in späterem Rang errichtet, hat der Schuldner über einen vorgehenden Pfandtitel nicht verfügt, oder beträgt die vorgehende Forderung weniger, als eingetragen ist, so wird bei der Pfandverwertung der Erlös aus dem Pfande ohne Rücksicht auf die leeren Pfandstellen den wirklichen Pfandgläubigern nach ihrem Range zugewiesen. W i e l a n d, 331.

[32]) § 827: Ist der Grundeigenthümer nicht Schuldner der Pfandforderung, so kann er das Pfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen ablösen, unter denen der Schuldner zur Tilgung der Forderung befugt ist. Befriedigt er den Gläubiger, so geht das Forderungsrecht auf ihn über. Viz též § 845. W i e l a n d, 349.

[33]) §§ 875—883.

§ 4. Vlastníkova hypoteka pruská.

Politické poměry, které vedly od pruského státu ku německé říši, vedly i vlastníkovu hypoteku z pruského základu k vlastníkově hypotece občanského zákonníka německého. Jest se nám proto vývojem jejím v Prusku zabývati blíže. Vlastníkova hypoteka prožívá tu mnohé fase. Pruský LR přesně rozeznával mezi právem věcným a pohledávkou.[34]) V I 16 § 484 spojoval obé v označení „das subjectiv-dringliche Recht". Dodatek k němu v § 52 zdál se obé vyjadřovati slovem „Hypothenkenrecht".[35]) Deklarace § 52 ze dne 3. dubna 1824 rovnala hypoteku pohledávce, kvitanci cessi, platícího dlužníka cessionáři. Deklarací touto dán vlastníkově hypotece směr obligačně právní. Nabývala se zaplacená pohledávka. Prakse nebyla si z počátku jista. Podle reskriptu pruského ministerstva spravedlnosti ze dne 24. března a 13. května 1831 uvolňovalo se místo (locus), na něž se mohla nová hypoteka zapsati.[36]) Pruský vrchní soud zemský měl za to, že vlastník, není-li osobním dlužníkem, může nabývati pohledávky. Pruské ministerstvo spravedlnosti jej však reskriptem ze dne 25. února 1833 poučuje, že nelze lišiti případy, kdy vlastník je osobním dlužníkem a kdy jím není. Zaplacením nabývá povždy pohledávky, nikoliv hypotečního místa.[37])

[34]) I 20 § 520: So weit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt worden, getilgt wird, so weit erlöscht zwar in der Regel auch das dingliche Recht des Gläubigers. § 521: Der Schuldner ist daher auch befugt, auf die Löschung der getilgten Post im Hypothekenbuche nach Vorschrift der Hypothekenordnung anzutragen. Viz též I 16 § 482.

[35]) Viz pozn. 8.

[36]) Bornemann, 394.

[37]) A. J. Mannkopff, Allg. Landrecht für die preuss. Staaten, II, Berlin, 1837, 228: Weder das bezogene noch irgend ein anderes Gesetz, noch der Sprachgebrauch, kennt einen Unterschied zwischen Hypothek und hypothekarisch versicherter Forderung. Eine Forderung wird zur Hypothek, wenn sie hypothekarisch versichert, d. h. im Hypothekenbuche eingetragen wird. Die hypothekarische Versicherung ist die Handlung, Hypothek das Produkt derselben. Unter der Bezeichnung: Eigenthümer Cessionar einer Hypothek wird stets der Eigenthümer, der Cessionar der hypothekarisch versicherten Forderung verstanden. Hätte das Gesetz mit den Worten: „alle Rechte eines Cessionars der Hypothek" den Sinn verbinden wollen, dass der zahlende Eigenthümer nur Cessionar nicht der Realforderung, sondern des locus habe sein sollen, so müsste dieser Sinn auch in dem Falle gelten, wo er eine fremde Schuld zahlt. Das Gesetz distinguirt durchaus nicht zwischen dem Eigenthümer des verpfändeten Guts, der zugleich

persönlich verpflichteter Schuldner ist, giebt vielmehr beiden alle Rechte eines Cessionars, und Cessionar heisst allgemein bei eingetragenen Forderungen derjenige, der diese Forderung durch Cession erworben hat. Wenn der Hypothekengläubiger dem zahlenden Schuldner ausdrücklich jura cessa erteilt hätte, so wäre derselbe, obgleich sich in seiner Person Creditor und Debitor vereinigt hätten, schon nach der Bestimmung des Anhanges zum ALR § 52 Eintragung seines Eigenthumsrechts an der cedirten hypothekarischen Forderung zu verlangen berechtigt gewesen. Durch die Deklaration vom 3. April 1824 ist die Quittung der ausdrücklichen Cession ganz gleich gestellt. Durch diese Declaration ist die Erwerbung der Hypothek an das Dasein einer Quittung, also eines Documents geknüpft, welches sich keineswegs auf die Hypothekenstelle beschränkt, sondern wesentlich auf Forderung bezieht; wenn gesagt ist, dass diese Quittung als ausdrückliche Cession gelten soll, so kann dies nie anders ausgelegt werden, als dass die Quittung als ausdrückliche Cession der hypothekenforderung selbst gelten soll, und man würde den Worten des Gesetzes offenbar Gewalt anthun, wenn man denselben den natürlichen und sprachgemässen Sinn nur in dem Falle beilegen wollte, wenn der Eigenthümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, ihnen aber eine ganz entgegengesetzte Deutung geben wollte in dem Fall, wo er zugleich persönlicher Schuldner ist. Kann das Königl. O. L. Ger. selbst nicht in Abrede stellen, dass Cessionar der Hypothek, im ersten Fall, Cessionar der hypothekarisch versicherten Forderung heissen soll, so ist es auch klar und unzweideutig ausgesprochen, dass der zahlende Eigenthümer, sei er Schuldner, sei er Nichtschuldner, durch die Zahlung selbst Gläubiger des Grundstücks wird, und die doppelte Qualität von Schuldner und Gläubiger bei Hypotkekarforderungen so auseinander gehalten werden sollen, dass die Vereinigung beider entgegengesetzter Qualitäten in einer Person möglich ist. Kann es nun nicht zweifelhaft sein, dass die Cession dem Cessionar das Recht giebt, über die cedirte Forderung nach Willkühr zu disponiren und dieselbe auch für ein minderes Quantum als den Nominalwerth zu cediren; so kann, da der bezahlte Debitor „alle" Rechte des Cessionars geniessen und die Quittung dieselbe Wirkung haben soll, wie eine ausdrückliche Cession, dies Recht auch dem Eigenthümer, der eine hypothekarische Forderung befriedigt und darüber löschungsfähige Quittung erhalten hat, sei die bezahlte Schuld ursprünglich eine fremde, sei sie eine Schuld, nicht streitig gemacht werden . . . Die eingesehenen Akten über die Veranlassung zu der Deklaration vom 3. April 1824 ergeben, dass es unzweifelhaft in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, nicht blos das Recht auf die Hypothekenstelle, sondern das Recht auf die Forderung selbst dem zahlenden Eigenthümer zu übertragen. Denn nicht allein, dass diese Ansicht bereits in dem von dem Justizministerium ausgegangenen Antrage ausgesprochen ist, so ist auch bei der Prüfung des Antrags im Staatsrathe sehr vollständig untersucht, ob eine solche Aufhebung des Consolidations-Princips zulässig sei, und diese Frage sowohl nach römischem als preussischem Rechte bejahend entschieden; demnächst aber haben sich die Abtheilungen des Staatsraths über die Frage: ob bei einer Zahlung durch den Eigenthümer die Absicht zu kaufen oder zu tilgen,

Mínění toto ovládalo judikaturu. Podle pohledávky posuzuje se nabytí vlastníkovy hypoteky. Žádá se, aby to byla pohledávka platná, nevázaná na výminku,[38]) nikoli uvolněná kauce, nikoli pohledávka zvržitelná námitkou neobdržené valuty.[39]) Osobní dlužník, který pohledávky nabývá a ji dále postupuje, zůstává i nadále zavázán osobně.[40]) Pohledávka nabývá se jak cessí, tak i placením. I bývalý dlužník-vlastník může jí disponovati.[41]) Pohledávka tvoří vlastníkovo „activum". Připadá dědici po zůstaviteli na odkázaném statku.[42]) Je předmětem exekuce,[43]) položkou exekučního rozvrhu[44]) a částí aktiv konkursní podstaty.[45]) Reskript ze dne 16. července 1836 povoluje pak již docela vlastníkovi, aby položku tu na své jméno přepsal.[46])

Nicméně vyskytují se i nálezy, jež vycházejí s jiného právního hlediska. Přikazujíť vlastníkovi pohledávku, kterou někdo jiný zaplatil.[47]) Jemu uvolňuje se místo, zanikne-li pohledávka

zu präsumiren sei, in zwei gleiche Hälften getheilt, von denen die erste die jetzt in der Gesetzsammlung befindliche C. O., die zweite aber anderweitige Bestimmungen in Vorschlag brachte, und in gleicher Art hat sich diese Verschiedenheit der der Ansicht im Staatsrath selbst kund gethan; Se. Majestät haben aber nicht allein durch Vollziehung der von den Vertheidigern der ersten Meinung in Vorschlag gebrachten C. O., sondern noch durch eine zweite an den Staatsrath gerichtete, nicht publicirte C. O. de eodem dato und hier ganz ausdrücklich ausgesprochen geruht: „dass Allerhöchst Dieselben der Meinung des Staatsrathes dahin beitreten, dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Forderung befriedigt, und diese Forderung im Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, auch ohne förmliche Cession, durch die blosse Quittung alle Rechte eines Cessionars „dieser" Hypothek erhalte", wobei es durch den Ausdruck „dieser Hypothek" ganz unzweifelhaft festgestellt ist, dass damit die in dem Vorgehenden erwähnte, hypothekarische Forderung gemeint ist.

[38]) Dr. C. F. Koch, Allg. Landrecht für die preuss. Staaten. I/2, 3. vyd. Berlin 1862, 519/II/1, 520/e.

[39]) Bornemann, 395, Koch, Allg. L. R., 520/d.

[40]) Koch, Allg. L. R., 517/1, 524/3 α—γ. Viz k tomu Schollmeyer, Die Hypotek des Eigenthümers, Inaug.-Diss., Halle a. S. 1874, 11 a násl.

[41]) Koch, l. c., 521/2a.

[42]) Koch, l. c., 525/aa.

[43]) Koch, l. c., 525/cc.

[44]) Koch, l. c., 526/cc.

[45]) Koch, l. c., 525/bb.

[46]) Koch, 524.

[47]) Berthold Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853, 63.

výminkou, anebo propustí-li se zástava, osobní závazek zachovávajíc.[48]) Také „protestatio pro conservando iure et loco“ zakládá právo vlastníkovo, aby po zaplacení pohledávky dal protest v řádnou hypoteku přepsati.[49])

Teorie snaží se pomoci praxi právnickou konstrukcí. Učí se, že je zde dvojí, závazek, osobní a věcný. Jen osobní závazek zaniká zaplacením. Věcná povinnost statku (Gutsobligation, dingliches Forderungsrecht, Realmitschuld des Grundstücks) zůstává. Statek je fingovaný dlužník.[50]) Rozlišuje se obligace a dluh. Je-li tu dluh věci vedle dluhu osobního, může při konfusi zůstati v passivech i jako pohledávka v aktivech. Skutečnost, že „activum“ a „passivum“ splyne v jedné ruce, se ignoruje.[51]) Hledí se jen k hypotece, která není accessorium osobní pohledávky, ale samostatná reální obligace.[52]) Někde se jen fikcí cesse blíží theorie praksi, věcně však se od ní odchyluje. Dovozuje se, že ne věc, ale její v budoucnosti dosažitelná kupní cena je zástavou postižena, pro každého věřitele jen to, co po uspokojení přechozího zbude. Každému je tedy něco jiného zastaveno. Poměr mezi zástavami určuje dvojí moment: místo jejich zápisu a výše obnosu. Na zadní zástavě nestane se žádná změna, vyplatí-li se zástava přední. Zástava sice zaniká, ale nevymazaná trvá zevně dále. Formálně je to sice vlastníkova hypoteka, ale materielně jeho vlastnické právo. Může uvolněný díl hodnoty k zástávě nové zabrati a při rozvrhu účtovati. V konkursu mohou tak za něho učiniti konkursní věřitelé. Disposice vlastníkova provádí se fikcí ve formě cesse. Cessí touto zjednává si vlastník své přední právo. Děje se tak z pohodlí. Bylo by to zdlouhavé, kdyby se provedl výmaz a pak teprve nový zápis.[53]) Zápis zaniklé zástavy

---

[48]) Koch, l. c., 522/c.

[49]) Koch, l. c., 520/c.

[50]) Koch, l. c., 518/2, týž, Lehrbuch des preuss. gemeinen Privatrechts, Berlin 1857, 621, týž, Recht der Forderungen nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1859, II, 796/11.

[51]) Delbrück, 63 a násl.

[52]) Meyer, Die preuss. Hypotheken u. Subhastations-Gesetzgebung. Berlin 1854 cit. podle Schletters Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, 1 (1855), 366.

[53]) Dr. von der Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers, Arnsberg 1836. Knihu tuto nebylo možno v Praze opatřiti. Cituje se podle spisu „Friedrich Scholmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers. Inaug.-Diss. Halle a. S. 1874, 26—31.

považuje se za skořápku, pro niž vlastník novou hypotekou ve formě cesse hypoteky staré vytvoří jádro. Nová hypoteka má přednosti hypoteky staré, předcházejíc všem hypotekám zadním. Nezaloží-li se hypoteka nová, není vlastníkova hypoteka svou podstatou pranic. Nelze ji likvidovati ani v rozvrhu dražebním, ani konkursním.[54])

Disposice vlastníkova zaplacenou zástavou souvisí se zřízením hypotekárním. Jako zástava vzniká zápisem, tak zaniká zase jen výmazem. Zaplacením pojištěná pohledávka zanikne. V knihách zbude jen akcessorní právo, které svou určitou formou jí dříve sloužilo, které však je nyní zbaveno svého principale, konkretní hypoteka. Touto určitou hypotekou může vlastník disponovati a nový závazek s ní spojiti. Nová pohledávka musí souhlasiti s pohledávkou starou. Nový závazek nelze zapsati, není-li starý závazek platný a cesse schopný. Pokud se nový závazek nezapíše, postrádá zástava vůči třetím osobám vší reality, je rovna prázdnému místu. Nejsouc způsobilá pro rozvrh exekuční a konkursní, nemůže býti také předmětem exekuce vlastníkových věřitelů. Exekuce tato odňala by vlastníkovi právo, aby dal pohledávku vymazati anebo aby novou pohledávkou úvěr si zjednal. Užije-li se při tom formy cesse, není vlastník cedentem, nýbrž původním dlužníkem nového hypotekárního věřitele.[55])

Jak již uvedeno, chce se vlastníkova hypoteka vyložiti z toho, co jest předmětem zastavení. Zavadí-li se pozemek hypotekami, je to sukcessivní parcelace jeho hodnoty. Vymaže-li se předchozí hypoteka a postoupí-li zadní věřitel na její místo, nabývá jiného lepšího dílce, než který mu byl přikázán. Na vlastníkovi jest, zda mu tento zisk popřeje anebo hned nebo později na místo položky staré novou umístí. Tato jeho disposice o místu předním má touž povahu jako jeho disposice o místech za všemi hypotekami[56]) Zástavní kvoty mohou se zadávati pořadem libovolným. Některá předchozí může se zůstaviti disposici vlastníkově a potrvati v ní i při dražbě.[57])

---

[54]) Hinschius, Preuss. Anwaltszeitung, 1866, 693 a násl., cit. dle Schollmeyera, 21.

[55]) Bornemann, l. c., 390—408.

[56]) Göppert, Preuss. Anwaltszeitung, 1864, 279, cit. dle Schollmeyera, 30. Viz též Horn, die Eigentümerhypothek, Breslau 1906, 28.

[57]) Bremer, Hypothek und Grundschuld, Göttingen 1869, cit. dle Schollmeyera, 33 a násl.

Vlastníkovou hypotekou zabývaly se také německé právnické sjezdy. Již na prvním r. 1860 byl podán návrh, aby se zřídila komise, která by zkoumala, zda se má obligační poměr od hypotečního zplna odloučiti a zda mohou se vydávati listy hypoteční na majitele (hypothèques au porteur).[58]) Od druhého sjezdu žádalo se totéž, ale věc se přesně formulovala. Zástavní právo má se zkonstruovati jako právo samostatné, jež soukromý závazek, je-li zde vůbec takový, za sebou táhne.[59]) Nový nabyvatel, jenž hypoteku přejímá, zavazuje se osobně.[60]) Spojí-li se vlastnictví s hypotekou buď její výplatou nebo jiným způsobem, zaniká soukromý závazek. Potrvává jen, pokud je tu k tomu zvláštního důvodu (versio in rem, negotiorum gestio atd.). Nevymazané právo po zániku pohledávky, ať je vlastník na sebe přepsal čili nic, nedá se realisovati. Je to jen předmět, kterého lze prakticky využíti, převede-li jej vlastník na jiného věřitele nebo při prodeji zástavy na sebe.[61]) Je to movitý kus jmění, jímž může volně naložiti.[62]) V dražebním a konkursním rozvrhu účtovati jej nelze. Jeť subhastát a konkursant osobním dlužníkem, jehož přednost před zadními věřiteli „exceptione doli" lze odmítnouti.[63]) S vlastníkovou hypotekou souvisí také požadavek, aby se převáděla hypoteka na listě, na základě něhož stal se původní zápis.[64]) Sjezd se usnesl, aby stálá jeho deputace další materiál sebrala a jemu předložila.[65]) Dobrozdání, které bylo stálou deputací předloženo třetímu právnickému sjezdu, nevyčerpávalo návrhů.[66]) Sjezd, jednaje o věci, nepřišel k positivním výsledkům.[67]) Připojil jen ku svému protokolu návrhy řečníka z Meklenburku, které mimo jiné vztahovaly se také na vlastníkovu hypoteku. Navrhovalo se, aby se závady na vlastníka zapisovaly a přepisovaly a výhrady vymazaných míst pro nové položky povolovaly

[58]) Verhandlungen des ersten deutschen Juristentages, Berlin 1860, 125

[59]) Verh. des II. deutschen Jur.-Tages, I, Berlin 1861, 230/4, Antrag des zweiten Präsidenten des kgl. Obertribunals Dr. Bornemann zu Berlin.

[60]) L. c. 234/11, Antrag des Ober-Tribunalraths Meyer zu Berlin.

[61]) L. c. 231/8, Antrag Bornemann.

[62]) L. c. 235/13, Antrag Meyer.

[63]) L. c. 231/8, 235/13.

[64]) L. c. 230/6.

[65]) L. c. I/2, 251.

[66]) Verh. d. III. d. Juristentages, Berlin 1862, 71—97.

[67]) L. c. II., 142—203.

a aby proti cessionáři, jenž zástavní list ve svých rukou má, námitky dřívějších dlužníků se nepřipouštěly.[68])

Ráz, který vtiskla vlastníkova hypoteka pruskému právu zástavnímu, je podnětem ku jeho stváření v nových zákonodárných pracích. Přimyká se ku kodifikacím knihovním. Ty sahají do r. 1864. Osnova z tohoto roku přijala formulaci vlastníkovy hypoteky z literatury a t. zv. dogma samostatnosti hypoteky z meklenburského práva.[69]) Knihovní zápis nějaké pohledávky zakládá reální obligaci (Realobligation). Nové osnovy o nabytí práva vlastnického a věcném zavazení pozemků předloženy byly pruské poslanecké sněmovně ke konci r. 1868.[70]) Motivy přimkly se o samostatnosti hypoteky ku zákonodárství meklenburskému. Odhodlaly se řešiti i její právnickou povahu. Pojmenování „reální obligace" má v sobě odpor. Osobním závazkem označuje se dlužnický poměr, při němž osobního dlužníka není a při němž jeho roli pozemek přejímá. Lépe lze užíti slova „věcné obtížení (dingliche Belastung)", které má meklenburské právo. Samostatné obtížení beze vztahu k osobnímu závazku lze jako příbuzný institut postaviti vedle reálního břemena a staré vymřelé již koupě renty. Samostatné obtížení není na dluhu závislé. Vyskytuje se i při dluhu neplatném. Má své odůvodnění samo v sobě. Dlužní důvod se jím pohlcuje. Místo něho je zde hodnotou pozemku pojištěná povinnost, aby se nějaká suma zaplatila. Platnost hypoteky jest zřejma z její formy: ze zápisu. Hledá-li se mimo zápis, přestane býti hypoteka znatelna. Obchod s hypotekami musí váznouti. Kdo chce jich nabýti, musí se pustiti do obtížné práce, aby po osobním závazku pátral. Kdo hypoteku povolí, vzdává se všech námitek. Účelem svým je hypoteka akcessorní stipulací, formálně je však samostatná a neodvislá. Je to tak řečená „reální směnka.[71]) Osnova z r. 1868 zná pouze jednu formu zástavního

[68]) L. c. 196, pozn. 12, 13.

[69]) Ac. P. (Arch. f. d. civ. Praxis), V, 53 [1870], 362 Dr. v. B a r, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte mit besonderer Berücksichtigung des neuen preuss. Gesetzentwurfs. Viz tamže 366 z osnovy z r. 1864 § 23: Die Eintragung einer Forderung begründet eine selbständige Realobligation.

[70]) Alexander A c h i l l e s, Die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. Berlin 1872, 11 a násl.

[71]) Franz F ö r s t e r, Preussisches Grundbuchrecht, Berlin 1872, 125 až 133.

práva „hypoteku“, ať povstane volně anebo nuceně.[72]) O každé zapsané hypotece má se vlastníkovi vydati list hypoteční.[73]) Vlastník může si ji dáti také na své jméno zapsati. Tím nabývá práva, aby hypotekou nakládal, na třetí osoby plné právo hypotekárního věřitele převáděl ji a při rozvrhu nejvyššího podání a také po převodu vlastnictví uplatňoval.[74]) Hypoteka převádí se postupem, který není třeba zapsati, hypoteka, znějící na jméno vlastníkovo, také in bianco a to buď zase in bianco anebo vyplnic jméno věřitele.[75]) Hypoteku lze převésti i bez osobního závazku. Tento při tom zanikne.[76]) Zaplatí-li vlastník hypoteku nebo zanikne-li nějakým jiným způsobem, má věřitel po vůli vlastníkově buď kvitanci nebo výmazné svolení vydati nebo hypoteku, neruče za správu, postoupiti. Vlastník může na základě kvitance nebo výmazného svolení hypoteku na své jméno přepsati anebo jí nakládati.[77]) Totéž platí, nabude-li hypoteky dědictvím aneb konfusí.[78]) Jakkoli ještě zákon pro Nové Pomořany a Rujanu ze dne 21. března 1868 se vyslovil, že vlastník při své hypotece v po-

[72]) J. B. f. D, 11, 12, O. Bähr, Die preussischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, § 14 osnovy.

[73]) L. c. 88 a násl. O počátcích hyp. listu viz AbR. 14 (1898) 236 a násl. Dr. Max Fisher, Der Hypothekenbuch im neuen Rechte.

[74]) L. c. 13, § 22: Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Hypothek eintragen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diese Hypothek zu verfügen und dadurch auf dritte Personen die vollen Rechte eines Hypothekengläubigers zu übertragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge eines gerichtlichen Zwangverkaufes kann er die Hypothek für sich geltend machen. § 23: Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Hypothek alle Rechte eines Hypothekengläubigers.

[75]) L. c. 19, 20, § 49—51.

[76]) L. c. 19, § 48: Das mit einer Hypothek verbundene persönliche Recht kann nur gemeinsam mit der Hypothek, diese dagegen ohne das persönliche Recht abgetreten werden. Geschieht Letzteres, so erlischt der persönliche Anspruch.

[77]) L. c. 21, § 61: Wenn eine Hypothek von dem eigentragenen Eigenthümer bezahlt oder auf sonst eine Weise getilgt worden, so ist der bisherige Hypothekengläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen, oder die Hypothek ohne Gewährleistung abzutreten. § 62: Der eigetragene Eigenthümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen (§§ 22, 28).

[78]) L. c. §§ 63, 64.

měr hypotekárního věřitele vstupuje, osnova stála na stanovisku, že vlastník nabude svou hypotekou pouze práva, aby jí dále disponoval.[79])

Osnova došla ocenění v literatuře. Proti výlučně platné samostatné hypotece hájila se římská akcessorní hypoteka buď vůbec[80]) anebo vedle samostatné hypoteky.[81]) Panská sněmovna pruského sněmu v oposici proti osnově přistoupila na dvojí formu: hypoteku přísně akcessorickou a samostatnou. Při akcessorické mohly se i proti bezelstnému nabyvateli námitky z osobního poměru dlužníka k cedentovi činiti. Poslanecká sněmovna podrobila tyto námitky principu publicity. Byla-li pohledávka nabyta úplatně, mohly se činiti, pokud byly nabývateli známy anebo z knihy pozemkové zřejmy. Tím zřízeny dva druhy zástavního práva ku nemovitostem: hypoteka a dluh pozemkový. Takto upravená osnova stala se zákonem ze dne 5. května 1872.[82])

Vlastníkova hypoteka jevila se v tomto zákoně ve dvojí podobě, v primerní a sekunderní. Primerní vzniká dluhem pozemkovým, dá-li si jej vlastník na své jméno zapsati a o něm dlužní list pozemkový vydati.[83]) Není to vlastně hypoteka vlastníkova,

[79]) Förster-Eccius, III,904. Zde citují se také motivy osnovy: Es fehlen dem Eigenthümer die wesentlichsten Rechte des Hypothekengläubigers; er kann auch nicht die Zahlung des Kapitals durch den Antrag auf Subhastation gegen sich erzwingen und etwa dadurch ein bequemes Mittel erlangen, sich von den dann ausfallenden Hypotheken zu befreien. Die Hypothek ruht, so lange sie sich in seinen Händen befindet, sie ist kein selbständiges Vermögensobjekt für ihn, und hat nur den negativen Werth, dass der Eigenthümer Kapital und Zinsen der Hypothek keinem Dritten schuldet. Nur ein Recht hat er, und nur dieses verlangt das praktische Bedürfnis, ihm zu geben: im Interesse seines Kredits muss ihm gestattet werden, die Hypothek zu veräussern und sich dadurch Kapital zu verschaffen, er muss über dieselbe verfügen können. In dem Moment, wo er die Hypothek veräussert und das Grundstück behält, wird er Hypothekenschuldner. Umgekehrt in dem Moment, wo er authört, Eigenthümer des Grundstücks zu sein und die Hypothek behält, wird er Hypothekengläubiger.

[80]) Ac P, 53 (1870), Bar 373 a násl.

[81]) JBfD (Jahrb. f. Dogmatik) 11 (1870) Bähr, 55 a násl.

[82]) Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/2, 56 a násl., Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin u. Leipzig, III, 606.

[83]) § 27: Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diesse Grundschuld zu verfügen und auf dritte Person die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu über-

nýbrž vlastníkův dluh pozemkový (Eigentümergrundschuld), jak se theorií zove.[84]) Sekunderně vzniká, zaplatí-li vlastník nebo jiným způsobem vyrovná[85]) neb konfusí nabude hypoteky nebo dluhu pozemkového.[86]) Nově připojeno, že předpisy o vlastníkově hypotece se na kauční hypoteku nevstahují.[87]) Přes tuto formulaci lze i v samém zákoně nalézti stopy dřívější názorů o reálním zavazení pozemku. Mluvíť se v něm o disposici položkou (Post), nikoliv hypotekou nebo dluhem pozemkovým.[88]) Nedůslednost jeví se v tom, že při konfusi potrvává ve stejných rukou „hypoteka“ a „dluh pozemkový“, nikoli „položka“.[89]) Princip pevných míst se zákonem ze dne 5. května 1872 odmítl. Na místo vymazané hypoteky nebo vymazaného dluhu pozemkového nemůže nová hypoteka nebo nový dluh pozemkový býti zapsán. Zadní položky tu postupují do předu.[90])

Hypoteka svými účinky rovná se dluhu pozemkovému. Oba

---

tragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen. § 28: Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers.

[84]) Meibom, VIII/2, 299.

[85]) § 63: Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigenthümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten. § 64: Der eingetragene Eigenthümer ist berechtigt auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen.

[86]) § 65: Ein gleiches Recht hat der eingetragene Eigenthümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erworben hat, auf Grund des Testaments, des Erbvertrages oder der Erbbescheinigung. Hat derselbe die Post als Vermächtnisnehmer erworben, so darf es zu Umschreibung der Einwilligung des Erben oder seiner rechtskräftigen Verurtheilung zu derselben. § 66: Erwirbt der Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen.

[87]) § 66.

[88]) Viz § 63—66.

[89]) Viz § v pozn. 86 §§ 65 a 66.

[90]) § 62. Viz též Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, III, 737. Nechtělo se právo zástavní zatížiti novým pojmem, knihovní řízení novou manipulací; „der leere locus überdies ein Nichts ist, über welches zu disponiren unmöglich erscheint“.

vznikají zápisem, oba cílí k tomu, aby zapraven byl kapitál, při obou připouští prakse námitky z osobního poměru mezi stranami.[91]) Při obou vydávají se listy, při hypotece list hypoteční (Hypothekenbrief), při dluhu pozemkovém dlužní list pozemkový (Grundschuldbrief), ač hypotečního listu možno se vzdáti[92]) Teprve tímto listem nabývá věřitel práva z dluhu pozemkového a hypoteky.[93]) Oba převádějí se neknihovní cessí, dluh pozemkový též in bianco. Postup lze však zapsati i knihovně.[94]) Při obou je stejná exekuce. V některých věcech liší se od sebe podstatně. Při hypotece třeba uvésti právní důvod dluhu. Vznikáť vzhledem ku nějakému jednání s třetí osobou a třeba o něm předložiti dlužní list knihovnímu úřadu (§ 10). Při dluhu pozemkovém je to pojmově vyloučeno. Vzniká i zápisem vlastníka. Jen pozemkový dluh může hned, jak povstal, zapsán býti na jeho jméno nikoli hypoteka (§ 27).

Prakse pojímala nový zákon dle svých dřívějších názorů. Z jejích nálezů plynulo, že předpisy o vlastníkově hypotece v zákoně ze dne 5. května 1872 jsou jen důsledný vývoj deklarace ze dne 3. dubna 1824.[95]) Jako v mnohých letech dřívějších i nyní uznávalo se proti teorii, že nabývá se s vlastníkovou hypotekou i původní pohledávka a že touto původní pohledávkou vlastník disponuje[96]). Tato povaha pruské vlastníkovy hypoteky, jak ji prakse pojímala, souvisela s pruským knihovním zřízením. Dle § 19 zák. ze dne 5. května 1872 musil při hypotece i právní důvod dluhu býti zapsán.[97]) Za tím účelem bylo při zápisu

[91]) Meibom, l. c. 59 a násl.

[92]) Meibom, l. c. 82, 83. O formě a obsahu těchto listů viz Achilles, 204 a násl. Rechtsatlas.

[93]) Meibom, l. c. 133.

[94]) Meibom, l. c., 209 a násl. Förster, 169.

[95]) ERC (Entsch. des Reichsger. in Civilsachen), 2, 207 (1880) 5, 326, (1880), Meibom, VIII/2, 293, Gruchot, Beiträge, 27, 471 (1882) 1040 (1883).

[96]) ERC, 7, 219 (1882), Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, III, 607.

[97]) Achilles, 194 Zápis v oddělení III (Hypotheken und Grundschulden) zní na př. takto: Auf Nr. 1 bis mit 5 (Běžné číslo pozemku v oddělení I.). Eintausend Thaler Kaufgeld, mit 5 Prozent Zinsen vom 1. Januar 1871 gegen dreimonatliche Kündigung, eingetragen für den Rentier Karl Schein zu Berlin auf Grund des Kaufvertrages vom 1. Oktober 1870 am 2. Oktober 1870, Gruchot, 27, 472 (1882).

knihovnímu úřadu list o právním důvodu předložiti, ač ovšem takový list existoval.[98]) Znění zápisu bylo uvedeno v hypotečním listě, který se o něm vydal, a zároveň také předmět zástavy, její hodnota a seznam závad předchozích neb současných. S hypotečním listem spojí se dlužní list, který při zápisu byl předložen, šňůrou pod pečetí.[99]) Na tomto hypotečním listu provedou se také všechny změny hypoteky, musíť za účelem těchto změn knihovnímu úřadu býti předložen.[100]) Tímto způsobem zůstane původní zápis hypoteky i s jejím právním důvodem trvalým jejím základem. I s hypotekou radikuje se na pozemku. Právní důvod hypoteky je trvalým jejím znakem na titulu hypotečního listu. Není se tedy diviti, že táž formálnost, která přetrvala v knize pozemkové všechny mimoknihovní změny, a vedla ku vytvoření vlastníkovy hypoteky, sformovala i tuto vlastníkovu hypoteku podle právního důvodu původní pohledávky.[101]) Vlastníkova hypoteka jevila se praksi svou povahou jako akcessorická.[102]) Jako akcesorium pohledávka připadala vlastníkovi i s pohledávkou v celém svém obsahu, při simultánní hypotece i na vedlejších hypotekách jako jejich jednota.[103]) Oprávňovala pak vlastníka, aby některou hypoteku propustil a ostatní hypoteky nebo snad jen solohypoteku si ponechal.[104])

Tento zakořeněný náhled prakse měl již jakýsi ohlas i v samém zákoně. Jako dle dřívějšího pruského práva nemohla i nyní vzejíti vlastníkova hypoteka, nebyla-li původní pohledávka platná,[105]) nebyla-li na ni valuta vyplacena,[106]) nebo nebyla-li původní její neplatnost aktem mezi věřitelem a dlužníkem zho-

[98]) Meibom, VIII/2, 98.

[99]) Achilles, 211, § 122 knih. ř. Meibom, VIII/2, 138.

[100]) Knih. ř. § 129, Meibom, VIII/2, 138.

[101]) Meibom, VIII/2, 296 Dernburg k tomu s posměchem vytýká, že osobní pohledávka je nutným příslušenstvím hypoteky.

[102]) Gruchot, 27, 472 (1882).

[103]) Gruchot, Beiträge, 27, 1040, (1883), 41, 213 (1898) § 42 zák. z 5./5. 1872, dle něhož zanikají zaplacením z jednoho simultánního objektu hypotheka a dluh pozemkový na druhých, vztahuje se na případ dražby.

[104]) Förster-Eccius, III 611.

[105]) ERC, 3, 269 (1880), Förster-Eccius III, 608, Bendix, Das preuss. Gesetz über den Eigenthumserwerb, 116/2, ERC, 3, 266 (1880).

[106]) ERC, 32, 309 (1894).

ena[107]). I subtilnost dřívější prakse se vycitovala.[108]) Jako dříve, ačalo se rozeznávati, zda vlastník, který pohledávku platí nebo inak vyrovnává nebo konsolidací nabývá, jest také osobním dlužníkem čili nic. Vlastník, který nebyl osobním dlužníkem, nabýval pohledávky proti osobnímu dlužníkovi. Byl-li zároveň osobním dlužníkem, nabýval ji sice také, ale právo jeho zatím spalo, bylo zdánlivě mrtvé. Obživlo vůlí vlastníkovou, zcizil-li statek nebo hypoteku, proti jeho vůli, byl-li statek exekučně prodán nebo exekuce ve vlastníkovu hypoteku vedena.[109])

Teorie se těmto názorům vzpírala. Osobní pohledávka zanikala jí zaplacením, jen reální právo zůstalo. Dřívější právo vidělo ve vlastníkově hypotece anomalii. Zákonem ze dne 5. května 1872 byla tato anomalie povýšena na pravidlo. Vlastníkova hypoteka formálně zůstala hypotekou, materielně byla dluhem pozemkovým.[110]) Ve formě římské sukcesse hledala se pro vlastníkovu hypoteku cesta.[111]) Stejně jako o hypotece, dovozovalo se i o dluhu pozemkovém, že je jen akcessorním právem.[112]) Byly však i náhledy, které chtěly stanovisko prakse odůvodniti v celé jeho podstatě. Právní formy mohou způsobiti, že se zapsaný věřitel s vlastníkem v jedné osobě střetne. Hypoteka proto nezaniká a z logického důsledku plyne, že vlastník z toho proti sobě žádného práva vyvozovati nemůže.[113]) Pozdější nálezy pruské přibližovaly se však přece již stanovisku, že zaplacením osobní pohledávka zaniká a že se jen hypoteka převádí.[114])

Ze zákona ze dne 5. května 1872 lze již sestaviti jisté podstatné znaky vlastníkovy hypoteky. Pojmově předpokládá knihovní zápis práva zástavního. Podle dřívějšího práva stačil k tomu

---

[107]) ERC, 44, 294 (1899), 48, 53 (1901).

[108]) Koch, Allg. Landrecht, 517/I.

[109]) Förster-Eccius, III, 605, ERC, 5, 325 (1880).

[110]) Achilles, 86, 87, Förster-Eccius, III, 607, Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, 51. ERC, 5. 321 (1881), 23, 251 1888).

[111]) Meibom, VIII/2, 290.

[112]) Pütter, Die Grundschuld des preuss. Gesetzes, über den Eigentumserwerb etc. vom 5./5. 1872 v Magazin für das deutsche R. der Gegenwart, Bd. IV. V 78—153 Hannover 1881 (cit. podle Centralblatt für Rechtswissenschaft, IV, 206).

[113]) Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, 98—100.

[114]) ERC, 45, 185 (1899).

protest, kterým kdo své právo chránil,[115]) podle zákona ze dne 5. května 1872 i záznam (Vormerkung),[116]) i záznam obstávky (Vormerkung des Arrestes).[117]) Pohledávka, zástavou pojištěná, nebo část její[118]) musí býti zaplacena nebo jinak (deposicí, odevzdáním na místě placení, assignací, kompensací, vzdáním se atd.) vyrovnána nebo střetem věřitele a dlužníka v jedné osobě nabyta. Zaplacení nebo vyrovnání musí provésti vlastník nebo spoluvlastník nebo za něho někdo jiný (n. př. vnucený správce, pojišťovací společnost při vyhoření).[119]) Vlastník nabývá jí okamžikem, kdy pohledávku platil nebo jinak vyrovnal. To plyne již z § 52 dodatku a deklarace ze dne 3. dubna 1824. Zákon z 5. května 1872 to nezměnil.[120]) Slova § 64 „auf Grund der Quittung oder Löschungsbeiwilligung" předpokládají zašlé již právo materielní. Kvitance a cesse jsou jen legitimací, které je potřebí pouze pro návrhy a změny v knize pozemkové.[121]) Disponovati zaplacenou nebo vyrovnanou hypotekou na základě kvitance nebo výmazného prohlášení může jen zapsaný vlastník,[122]) který zaplatil nebo vyrovnal. Dřívější vlastník může to prováděti cessí. K cessi není oprávněn věřitel, jen vlastník. Ovšem může se státi také věřitelem, svolil-li k tomu vlastník.[123]) Kvitance a výmazné prohlášení, které bylo dáno dřívějšímu vlastníku, oprávňuje nového vlastníka pouze ku výmazu.[124])

Vlastník může se svého práva disposičního vzdáti, zaváže-li se na př. při zápisu pozdější hypoteky, že hypoteku předchozí po jejím zaplacení vymaže.[125]) Vlastníkova hypoteka není nová,

---

[115]) Dr. Johannes Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901, 4. Viz též § 289 II pruského hyp. ř. z 20./12. 1783 a LR I 20, § 418.

[116]) Biermann, 26.

[117]) Meibom, VIII/2, 293.

[118]) Také amortisací, viz Meibom, VIII/2, 293.

[119]) Meibom, VIII/2, 294, Bendix 116/3 ERC. 47, 267 (1900).

[120]) Meibom, VIII/2, 295, Förster-Eccius, III, 610.

[121]) Gruchot, 22, 782 (1877), Meibom, l. c. Bendix, 117 10.

[122]) § 64: „Der eingetragene Eigenthümer" ve srovnání s § 63.

[123]) ERC, 38, 222 (1896), Förster-Eccius, III, 612, Bendix 117/10.

[124]) Förster-Eccius, III, 610.

[125]) ERC, 19, 59 (1887).

ná pořadí staré, stejně třeba s nezaplacenou ještě částí.[126]) Poněvadž však výměna míst může se díti bez svolení vlastníkova, mohou jí věřitelé právo vlastníkovo poškoditi.[127]) Dluh pozemkový, na jeho jméno znějící, hypoteka, na jeho jméno přepsaná, jemu napadlá a při konsolidaci na jeho jméno znějící, po převodu vlastnictví mu zůstávají.[128])

Hypoteka vlastníkova jeví svůj účinek v dražebním, sekvestračním a konkursním rozvrhu.[129]) Předchází-li vymáhajícímu věřiteli, třeba ji pojati do nejvyššího podání.[130]) Vlastníkova hypoteka je také předmětem postihu soukromých věřitelů vlastníkových.[131]) Zájemné usnesení doručuje se vlastníkovi před příklepem i po příklepu.[132])

Zákon ze dne 27. května 1873 pro Šlesvík a Holštýn připojuje vlastníkovu hypoteku na ústav otevřených folií. Jako o vyhražených hypotekách může vlastník disponovati také prázdným nebo vyhraženým hypotečním místem. Při obou zapisují se v pozemkových knihách formule, že obnos, který se uvádí, stojí k vlastníkově disposici. Zápisy takovéto jsou při zakládání knihovního listu osvobozeny od kolků a poplatků.[133])

---

[126]) Meibom, VIII/2, 296, ERC, 2, 207 (1880).

[127]) ERC, 9, 251 (1883). Viz § 35 zák. z 5./5. 1872.

[128]) § 28, 61—66 zák. z 5./5. 1872.

[129]) Förster-Eccius, III, 612, Meibom VIII/2, 295.

[130]) Meibom, VIII/2, 295.

[131]) Meibom, VIII/2, 266, Förster-Eccius, III, 612.

[132]) ERC, 43, 431 (1899), Dr. L. Gaupp, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. Tübingen u. Leipzig 1901, 639.

[133]) Gesetz über das Grundbuchwesen und die Verpfändung von Seeschiffen in der Provinz Schleswig-Holstein v. 27./5. 1873 § 22: Der Eigenthümer hat über leere von ihm vorbehaltene Hypothekenstellen und über die vor der Linie getilgten Hypotheken die Verfügung, wie über eine Hypothek des Eigenthümers nach Massgabe des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872.

§ 23: Die Übertragung der vorbehaltenen Stellen und der vor der Linie getilgten Hypotheken in das Grundbuch geschieht mit der Formel: No — — — Thlr. (Mark u. s. w.) mit . . . von Hundert verzinslich stehen zur Verfügung des Eigenthümers.

§ 24: Wenn der Eigenthümer gleich bei Anlegung des Grundbuchblattes oder Artikels beantragt, die leeren Stellen oder die vor der Linie getilgten Posten als Hypotheken oder Grundbuchschulden auf seinen Namen einzutragen, so erfolgt diese Eintragung stempel- u. kostenfrei.

III.

Vlastníkova hypoteka podle německého občanského zákonníka.

§ 5. Zákonodárné přípravy.

Na podkladu pruském budovalo říšské zákonodárství německé. Říšská ústava ze dne 16. dubna 1871 (Art. 4/13) a zákon ze dne 20. prosince 1873 stanovily občanské právo jako společnou zákonodárnou věc říšskou. Usnesením ze dne 22. července 1874 zřídila spolková rada za tím účelem zvláštní komisi. Z porad jejích vyšla osnova občanského zákonníka pro německou říši z r. 1888.[1]) Chtěla zavésti čtyři druhy zástavního práva: hypoteku bez hypotečního listu, zvanou také knihovní hypotekou (Buchhypothek), hypoteku s hypotečním listem, zvanou listovní hypotekou (Briefhypothek), zjišťovací hypoteku (Sicherungshypothek) a dluh pozemkový (Grundschuld).[2]) Rozmanitými druhy hypoteky chtěl se šetřiti dosavádní místní vývoj.[3]) Knihovní hypoteka byla stará obecnoprávní hypoteka akcessorická, ovšem se změnami, způsobenými hypotekou vlastníkovou. Vznikala a převáděla se zápisem v pozemkové knize. Zápis v knize chránila publicita.[4]) Od knihovní hypoteky lišila se listovní hypotečním listem, jehož odevzdáním se převáděla. Publicita přenášela se tu na list, který koloval mezi cessionáři.[5]) Zjišťovací zahrnovala hypoteku úvěrní nebo kauční (Kredit-, Kautionshypothek), vnucenou (Zwangshypothek) a stavnou (Arresthypothek),[6]) dluh pozemkový hypoteku samostatnou.[7])

Při těchto všech druzích zástavního práva mohlo dojíti ku vlastníkově hypotece. Osnova pojem její precisovala. Měla naň vliv pruská prakse, rozeznávající, kdy je vlastník osobním dlužníkem a kdy není. Platil-li vlastník dluh, který sám dlužen nebyl,

[1]) Entwurf eines bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig. 1888, III a násl.

[2]) L. c., 241—260, §§ 1062—1144.

[3]) Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, III, 267, Gutachten Levy, Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin u. Leipzig 1888, III, 603, 608, 609, 617.

[4]) L. c., § 1083, Motive, III, 608, 617, 633 a násl.

[5]) Motive, III, 616, 742 a násl.

[6]) Motive, III, 619—628, 764 a násl.

[7]) Motive, III, 604 a násl., 779 a násl.

vstoupil v právo věřitele, nabývaje jeho pohledávku a zároveň její accessorium, zástavní právo. Platil-li vlastník dluh, který byl dlužen, střetl se osobní dluh s vlastnictvím, na němž byl pojištěn. Dluh zanikl a vzešla vlastníkova hypoteka.[8]) Střetl-li se dluh jen svou částí s vlastnictvím, připadala i hypoteka vlastníkovi jen částečně.[9]) Při zjišťovací hypotece osnova vlastníkovu hypoteku vyloučila, platí-li pohledávku vlastník jako osobní dlužník. Sloužiť vlastníkova hypoteka, jak to motivy nedostatečně vysvětlují, úvěru, hypoteka zjišťovací však tohoto účelu nemá.[10]) Dluh pozemkový stane se vlastníkovým dluhem pozemkovým (Eigentümergrundschuld) hned, jak se na jméno vlastníkovo zřídí, anebo později, dá-li si jej vlastník na sebe přepsati.[11])

Dluh pozemkový je základní tvar vlastníkovy hypoteky. Osnova ji zaň považuje. Mohla proto předpisům o dluhu pozemkovém býti podrobena. Přes to jest hypotekou, která svého původu nemůže zapříti. Je hypotekou, ale zvlášť kvalifikovanou hypotekou. Obrana, že pohledávka zanikla, jest proti ní vyloučena. Osnova pořádá ji zvláštními předpisy.[12]) Osnova odmítá proto jiné náhledy o konstrukci vlastníkovy hypoteky. Tak zejména pruský, že nabývá se původní pohledávka. Vedeť jeho strojenost

[8]) § 1094: Die Hypothek erlischt dadurch nicht, dass der Gläubiger von dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes befriedigt wird. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so wird die Forderung mit der Hypothek auf ihn übertragen. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen (Eigenthümerhypothek). Die Eigenthümerhypothek erstreckt sich auch auf das mitbelastete Grundstück eines Dritten. Die Übertragung tritt in beiden Fällen mit der Befriedigung kraft des Gesetzes ein. § 1097: Erlischt die Forderung dadurch, dass sie und die Verbindlichkeit in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes sich vereinigen, so bleibt die Hypothek als Eigenthümerhypothek bestehen. Srovn. s tím § 291, dle něhož obligační právo při konfusi zaniká a § 835, dle něhož právo věcné na pozemku při konfusi dále trvá.

[9]) Motive, III, 733.

[10]) § 1128, Motive, III, 766. Zapomnělo se tu na kauční hypotheku.

[11]) § 1142: Die Grundschuld kann auch für den Eigenthümer des Grundstückes begründet werden. Zu der Begründung ist die gegenüber dem Grundbuchamte abzugebende Erklärung des Eigenthümers, dass die Grundschuld auf seinen Namen in das Grundbuch einzutragen sei, und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Motive, III. 792 a násl.

[12]) Motive, III, 729

ku mnohým pochybnostem, jež nelze zákonem rozřešiti a neuspokojuje také praksi. Osnově nezamlouval se také náhled, že vlastníkovi hypoteka zůstává a že může ji pro novou pohledávku nebo pro dluh pozemkový použíti. Dostáváť hypoteka změnou pohledávky v podstatě jiný obsah, kterým zadním právům může způsobena býti újma.[13]) Vlastník převádí ji sice na jiné, jako se zapsané pohledávky převádějí, ale jen s obsahem, jaký měla v jeho ruce, tedy jako dluh pozemkový, třeba by nominelně ještě zůstal hypotekou. Převodem nespojí se s ní žádná nová pohledávka.[14]) Zaváže-li se vlastník při převodu hypoteky ku placení sumy při hypotece zapsané, přistupuje tato pohledávka ku hypotece, tato se však nestane jejím akcessoriem, nýbrž zůstane i dále samostatnou.[15])

V mnohém i vlastníkova hypoteka osnovy byla jen pokračováním pruské vlastníkovy hypoteky. Tak zejména žádalo se pro vlastníkovu hypoteku, aby byla zaplacena platná pohledávka. Nebylo-li jí, nevzešla hypoteka a nemohla vlastníkem býti nabyta. Jen pozemková kniha je tu nesprávná a každý, kdo má na tom zájem, může žádati za její opravu.[16]) Jako v pruské praksi měla se i podle osnovy nabýti hypoteka uspokojením věřitele. Motivy odmítly převod zápisem. Rozhodly se pro okamžik, kdy věřitel byl uspokojen, ať již byl vlastník zároveň dlužníkem, kde tedy podle motivů šlo o pravou vlastníkovou hypoteku,[17]) anebo ať dlužníkem nebyl.[18]) Nabytí toho děje se „Kraft des Gesetzes",

[13]) Motive, III, 728, 729.

[14]) § 1100: Die Übertragung der Eigenthümerhypothek bestimmt sich nach den Vorschriften, nach welchen die Übertragung der eingetragenen Forderung sich bestimmte. Durch die Übertragung der Eigenthümerhypothek wird mit derselben eine neue Forderung nicht verbunden.

[15]) Motive, III, 735.

[16]) Motive, III, 726.

[17]) Motive, III, 730 : In dem geltenden Rechte überwiegt die Anffassung, dass es einer Abtretung der Hypothek an den Eigenthümer nicht bedarf, der Rechtsübergang vielmehr eine unmittelbare Folge der Befriedigung des Gläubigers ist. Diese Lösung gewährt den Vortheil, dass sie die Frage, wem das für den Gläubiger erledigte Recht in der Zeit bis zur Eintragung der Übertragung zustehen soll, abschneidet und, wenn der befriedigte Gläubiger in der Zwischenzeit zu Gusten eines dritten verfügt, dem Eigenthümer den Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches wenigstens dann auch gegen den Dritten giebt, wenn dieser vor seiner Eintragung Kenntnis von der Befriedigung des bisherigen Gläubigers erlangt hat.

[18]) Motive, III, 727; Wollte man den Übergang von einer Abtretung

tedy jakoby šlo ještě o pruskou cessi staré pohledávky. Je-li vlastník jako solidární dlužník jen k dílu pohledávky povinen, nabývá zaplacením celé pohledávky v příčině dlužného dílu jen hypoteky, v příčině ostatního dílu s hypotekou i pohledávky.[19]) Hypoteky nabývá také vlastník, který neznámého věřitele, složiv valutu pohledávky k úřadu, veřejným vyzývacím řízením z hypo-

---

des befriedigten Gläubigers und also auch von der Eintragung in das Grundbuch abhängig machen, so würde dies allerdings mit den Vorschriften der §§ 1086 und 1087 über die rechtsgeschäftliche Übertragung in Einklang stehen. Aber der Eigenthümer würde dann durch die Befriedigung des Gläubigers auch nur den obligatorischen Anspruch gegen denselben erlangen, dass die Eintragung der Übertragung bewilligt werde, und dieser Anspruch könnte, wenn vor der Eintragung die Forderung von dem befriedigten Gläubiger oder im Wege der Zwangsvolltstreckung gegen denselben auf einen Dritten übertragen würde, gegen den Dritten überhaupt nicht und, wenn inzwischen der befriedigte Gläubiger in Konkurs geriethe, gegen die Konkursgläubiger nur auf Entschädigung gerichtet werden. Dieses Ergebniss mag auch der Auffassung entsprechen, des der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, um die Forderung zu erwerben. Der Billigkeit gegen den Eigenthümer aber entspricht es nicht. Das Gesetz könnte freilich dem Eigenthümer dadurch gerecht werden, dass es den Anspruch desselben auf Übertragung gegen den Dritten, wenn diesem die Befriedigung des Gläubigers bei der Erwerbung bekannt gewesen wäre, und auch gegen die Konkursgläubiger zuliesse. Allein eine solche Lösung wäre wenig angemessen, weil sie nicht blos höchst umständlich sein, sondern mit dem gegen Dritte und im Konkurse wirksamen Anspruche zugleich eine dem Entwurfe sonst fremde Kategorie von Ansprüchen in das System des Sachenrechtes einführen und obendrein das in der Konk. O. § 2 ausgesprochene Prinzip der gleichmässigen Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners verletzen würde. Wird dagegen mit dem § 1094 Abs. 4 vorgenschrieben, dass die Hypothekenforderung kraft des Gesetzes auf den Eigenthümer übertragen wird, so werden die gedachten Unzuträglichkeiten vermieden. Es bedarf dann keiner besonderen Vorschriften zum Schutze des Eigenthümers. Weigert sich der befriedigte Gläubiger, die Eintragung des Überganges zu bewilligen, so kann der Eigenthümer um sich gegen Verfügungen zu Gunsten Dritter zu sichern, eine Vormerkung gemäss § 844 in das Grundbuch eintragen lassen; der ihm im § 843 zustehende Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches findet im Falle des Konkurses in Gemässheit der Konk. O. § 35 zweifellos auch gegen die Konkursmasse statt. Der Übergang der Forderung kraft des Gesetzes enspricht überdies der Regelung des analogen Verhältnisses der Bürgschaft in dem § 676 des Entwurfes. Dass er zugleich die Übertragung der Hypothek auf den Eigenthümer vermitteln muss, ist eine nicht abzuweisende Konsequenz des Grundsatzes, welcher in dem § 1086 zur Anerkennung gelangt ist.

[19]) Motive, III, 730.

teky vyloučí.[20]) Po 30 letech docílí se však vylučovacím rozsudkem při zaniklé pohledávce proti neznámému věřiteli toliko výmaz pohledávky. Hypoteka se nezíská.[21])

Z pruského práva vzata též jednota vlastníkovy hypoteky simultánní. Vlastník, který pohledávku zaplatí, nabývá hypoteky na všech spoluzavazených objektech.[22])

Osnova rozřešila pochybnosti pruského práva[23]) o pořadu vlastníkovy hypoteky s hypotekou za nezaplacenou část pohledávky. Vlastníkova hypoteka nemůže býti vykonána na její úkor a má pořad až za ní.[24]) Osnova nemohla ponechati volnému počinu věřitele, aby si přednost nezaplaceného zbytku vyhradil, ježto převod pohledávky provádí se bez jeho vůle.[25])

Pozemková kniha, když vlastník uspokojením věřitele hypoteky nabyl, musí býti opravena. Za tím účelem musí věřitel vydati vlastníkovi všechny k tomu potřebné listiny.[26])

Z pruského práva přešel do osnovy také obsah vlastníkovy hypoteky. Vlastnik může ji likvidovati při dražebním řízení a vnucené správě. Sám však ani dražbu, ani vnucenou správu pro svou hypoteku nemůže zahájiti.[27]) Původní pohledávka, třeba zanikla, radikuje na vlastníkovu hypoteku i své úroky i způsob placení úroků a kapitálu. Úroky podle motivů může vlastník teprve žádati, když se mu nucenou správou užívání pozemků odejme.[28]) Původní pohledávka i potud vtiskuje vlastníkové hypotece svůj charakter, že nerozšiřuje ji i na zadržené úroky a útraty, jimiž se pohledávka vymáhala.[29])

---

[20]) § 1104, Motive, III, 740 a násl.

[21]) § 1103, Motive, III, 738 a násl.

[22]) § 1094 v pozn. 8.

[23]) Meibom, VIII/2, 296.

[24]) § 1095: Wird der Gläubiger von dem Eigenthümer nur wegen eines Theiles der Forderung befriedigt, so finden in Ansehung dieses Theiles die Vorschriften des § 1094 mit der Massgabe Anwendung, dass der Eigenthümer die Übertragung nicht zum Nachtheil des Gläubigers geltend machen kann, insbesondere dem Gläubiger in Ansehung des anderen Theiles der Vorrang zusteht.

[25]) Motive, III, 730.

[26]) § 1096, Motive, III, 731.

[27]) §§ 1098, 1099, 1076.

[28]) §§ 1098, 1099, Motive, III, 734. Viz pro pruské právo Meibom, VIII/2 290.

[29]) § 1101, 1090, 1066, Motive, III, 736.

I při principu pevných míst zůstala osnova na pruském stanovisku. Na místo jednou vymazané nemůže žádná nová hypoteka býti zapsána.[30]) Osnova nepřijala teorie hodnot, některými právníky hájené. Hodnota různě zavazeného pozemku není rozdělena na dílce, jež zánikem pohledávky vyprošťují se z hypoteky a připadají ku nové disposici vlastníkově. Podle osnovy je věc ve své totalitě se všemi svými díly postižena. Hypoteka přední staví hypoteku zadní, aby plně mohla se rozvinouti. Zanikne-li přední hypoteka, pomíjí toto stavení a zadní hypoteka nabývá lepšího pořadu, postupuje do předu. Pro osnovu nebylo důvodu, aby šla dále, než co jí skýtá vlastníkova hypoteka. Z té příčiny nepřijala také výhrady místa.[31])

§ 6. Právnické sjezdy a literatura.

Dvacátý právnický sjezd německý r. 1889 ve Strassburku zabýval se osnovou. Kladl si otázku, zda je podržeti všechny druhy práva zástavního, které osnova zavésti zamýšlí. Ke sjezdu došlo dobrozdání od justičního rady M. Levyho.[32]) Vyslovilo se pro dva druhy práva zástavního: listovní hypoteku jako čistě věcnou peněžní pohledávku spolu s vlastníkovou hypotekou a zjišťovací hypoteku bez hypotečního listu jako accessorium peněžní pohledávky osobní. Osnova, jak uvedeno, označuje vlastníkovou hypotekou jen ty případy zániku pohledávky zaplacením nebo konfusí, kde vlastník byl osobním dlužníkem. Levy odporučuje toto jméno pro všechny případy, jak je to v Prusku obvyklo. Na základě své 25-leté prakse odporuje i námitkám z kruhu právních zástupců. Kde existuje, osvědčila se vlastníkova hypoteka a přešla z pruského práva do mnohých práv partikulárních.[33]) Na sjezdu vystupuje Dernburg jako referent pro jednotnou hypoteku. Nechť dá se jí, co je na pozemkovém dluhu dobrého a zhostí se z ní, co ji činí těžkopádnou. Nechť zavede se hypoteka listovní. Vlastníkově hypotece odporují jen předsudky, které vycházejí z římského práva. Referent diví se, že osnova nepřipouští vlastníkovy hypoteky i při zjišťovací hypotece.[34]) Někteří

[30]) § 1102.

[31]) Motive, III, 736 a násl. Viz též tamže str. 204.

[32]) Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, Berlin 1889, III, 261 a násl.

[33]) L. c. 270.

[34]) L. c. IV, 239 a násl.

ze sjezdových řečníků vyslovili se na to pro osnovu, někteří pro podržení hypoteky knihovní.[35]) Poněvadž nezbývalo dosti času, aby věc byla všestranně uvážena, odročena byla ku příštímu právnickému sjezdu.[36]) Byl to až sjezd 22. K otázce reformy hypotekárního práva došla k němu dvě dobrozdání prof. Dra. Frant. Kleina z Vídně[37]) a říš. soudního rady z Lipska.[38]) První z nich vyslovil se pro knihovní, druhý pro knihovní a listovní hypoteku. Na sjezdu jednáno o reformě v obšírných debatách.[39]) Gierkem navržena ještě nová forma „dluh důchodový (Rentenschuld)".[40]) I na stinné stránky navrhovaných forem ukazováno. Dluh pozemkový skrývá svůj materiální základ. Je zejména venkovskému obyvatelstvu nebezpečný. Podvod lze stíhati žalobou až příliš pozdě. Její výsledek rovná se začasto milosti, která dojde odsouzeného až po popravě. Pozemkového dluhu používalo se i v Prusku málo, skoro výhradně jen pro veliké místní operace. Při něm a při listovní hypotece překládá se princip publicity z pozemkové knihy do listu. Ne z pozemkové knihy, jen z listu seznává se, kdo je věřitelem. Nezná ho často ani dlužník, aby mu mohl platiti úroky, ani exekuční soudce, aby mu mohl exekuční usnesení doručiti. Bez listu nelze pohledávku převésti, zastaviti a vymazati.[41]) Předpisy osnovy o vlastníkově hypotece nezdály se býti dosti široké. Žádalo se, aby vlastník i v jiných případech, než jak osnova navrhovala mohl jí disponovati, tak při výmince a kauční hypotece. Vlastníkovi má býti povoleno, aby hned při prvním zápisu jako dluh pozemkový mohl si ji zříditi.[42]) Byla by tím sice třeba zápůjčka u prvního držitele fingována, ale ku žádné přece škodě. Fingovaná zápůjčka stala by se v druhé ruce zápůjčkou skutečnou.[43]) Zatím přijata byla již osnova v druhém čtení. To snad mělo i vliv na jednání sjezdu.[44])

---

[35]) L. c. 269 a násl.

[36]) L. c. 277.

[37]) Verhandlungen des zweiundzwanzigsten deutschen Juristentages, Berlin 1892, I, 431.

[38]) L. c. 491.

[39]) L. c., IV, 22–55.

[40]) L. c., IV, 30.

[41]) L. c., IV, 40.

[42]) L. c., 48.

[43]) L. c., 51.

[44]) L. c., 23.

Přijal většinou hlasů formy osnovy, připojiv k nim dluh důchodový.[45])

Osnova byla přetřásána také v literatuře. Vlastníkova hypoteka označovala se jako institut plný právních nesnází. Rozsudky, které o ní vycházejí, náležejí k nejneutěšenějším zjevům právnickým. Navrhovalo se, aby se obmezila jen na případy, kde ji římské právo připouštělo, ale ani v plném toho rozsahu. Vlastník měl míti právo na zaplacený obnos předchozí pohledávky, nebyl-li zadním věřitelům osobně zavázán, a to platiti mělo i pro konfusi.[46]) Z advokátního stavu označovala se vlastníkova hypoteka jako právnický „nonsens". Je v nesmířitelném sporu s hypotekou, odporem sobě samé, na výsměch každému vřadění v nějaký druhový pojem. Neníť žádné platební povinnosti vůči sobě samému a žádného zpeněžení věci vůči sobě. Zákonodárce může sice důsledek práva zlomiti, má však hranici, kterou mu logika předepisuje. Nemůže nařídditi, co je logicky nemožno. Ještě více než vlastníkova hypoteka je pojmově nemožný i její bratr, vlastníkův dluh pozemkový. Je nemožné, aby někdo byl povinen, by sám sobě platil. V stejném dechu, v němž tyto výtky se pronášely, navrhovalo se však, aby zákonodárce positivním předpisem vzestup zadních věřitelů zabránil. Zadní hypoteky skytly by pak pouze nárok na podíl dražebního výtěžku, který není předními hypotekami vyčerpán. Vymazané místo zůstalo by pro nové obtížení volné.[47]) Právě z důvodu vlastníkovy hypoteky odporučovala se osnovou odmítnutá výhrada míst. Vždyť vlastníkova hypoteka, ukazovalo se, není nic jiného než uměle zakuklená tato výhrada. Všechny důvody, kterými motivy podpírají vlastníkovu hypoteku, jsou důvody pro výhradu místa. Hypoteka jako věcné obtížení pozemku ve prospěch vlastníka, je přece jenom pouhá fikce. Co ve skutečnosti trvá, jest jen objektivní kvalifikace nemovitostního jmění, z něhož díl určitého pořadí se pro případ, bude-li zástava zpeněžena, vylučuje a disposici vlastníkově zachovává. Je-li vlastníkova hypoteka něčím více než technická forma zachovaného otevřeného místa (Offenhaltung der

[45]) L. c., 55.

[46]) AbR (Archiv f. bürgerl. Recht) 1889, II. O. Bähr, Ein weiterer Beitrag zum bürgerl. Gesetzbuch, 161, 167—170.

[47]) AbR, 1891, H. Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, 45 a násl.

Stelle), pak je výtvarem, který odporuje sám sobě. Neporušitelnost dogmatu zdá se býti sice zachována, ale jurisprudence nutí ku lživým konstrukcím. Jednodušší a rozumnější byl by právní řád, který by vyslovil, že po zániku věcného až do definitivního výmazu v knize pozemkové zůstává uvolněné místo vlastníku otevřeno a že může je zase zadlužiti. Jako zvláštní forma, kterou se právo na určitém místě zachovává, může se vždy ještě vlastníkova hypoteka připustiti. Třeba však vysvětliti, že spočívá na onom všeobecném principu. Ukáže-li se, že princip tento nedá se srovnati s ostatními principy, třeba od nich upustiti. Zákonník, který je pro staletí určen, nemá za úkol, aby se křečovitě „dosavadních" školních pojmů držel a povstalé díry systemu příštipkářsky vyspravoval. Myšlenku právního vývoje má rozvinouti volně a samostatně. Institut výhrady míst není, jak motivy se domnívají, zbytečný. Vyzývacím řízením může vlastník podle § 1104 pohledávku po 30 letech jen vymazati, nikoli však jí nabýti. Místa jejího může nabýti toliko tehdy, tvrdí-li, že pohledávka existuje. Tu třeba její valutu složiti k úřadu.[48])

Proti hlasům, které odporovaly vlastníkově hypotece, byly hlasy, které ji obhajovaly a také dluh pozemkový, jenž z ní vyšel.[49]) Uvádělo se, že v severoněmeckém hypotečním právu nelze ji postrádati. Zákonodárství vykázalo jí ve svých zákonech místo, třeba by konstrukce její byla těžká. Dluh pozemkový provádí jen důsledek právní myšlenky, kterou vlastníkova hypoteka vyjadřuje: již od prvopočátku lze pozemek obtížiti, aniž by tu bylo nějakého vztahu k osobní pohledávce.[50])

Kruhy agrární se proti vlastníkově a dluhu pozemkovému vyslovily. Nové formy hypotekárního úvěru nemají se zaváděti.[51]) Za to pozvedly svůj hlas pro dluh důchodový, který také teorie odporučovala.[52]) Pruské zákonodárství zavádělo tehdy právě

[48]) Schomllers Jahrbuch, 13 (1899), Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches und das deutsche Recht, 745 a násl.

[49]) Beiträge zur Erläuterung u. Beurtheilung des' Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 14., Dr. Johannes Krech. Die Rechte an Grundstücken, 112.

[50]) L. c., 115.

[51]) L. c., 115.

[52]) Schmollers Jahrbuch, 13 (1889) 18, Gierke, Der Entwurf, 15 (1891) 817, Klemm, Die Rentenhypothek, AbR, 13 (1897) Brettner, Die Renten-

centové statky v západních Prusech a v Poznaňsku z protipolských snah hakatistických.[53])

§ 7. Dokonané dílo v občanském zákonníku.

Dne 4. prosince 1899 usnesla se německá spolková rada, aby se osnova německého občanského zákonníka podrobila druhému čtení a aby za tím účelem nová komise byla zřízena. Komise tato sestávajíc z právníků a zástupců různých hospodářských zájmů, skončila r. 1895 svůj úkol.[54]) Ovocem jeho byla osnova II. čtení.[55]) Říšský kancléř předložil tuto osnovu spolkové radě, která odkázala ji justičnímu výboru. Na návrh jeho byla osnova r. 1896 spolkovou radou schválena a říšskému sněmu spolu se zvláštním pamětním spisem říských justičních úřadů předložena. Říšský sněm přikázal ji zvláštní komisi a po jejích opravách ukončil její čtení 1. ledna 1896. Když byla dne 14. července dala spolková rada usnesenému zákonníku své svolení, byl dne 24. srpna 1896 v říšském zákonníku publikován[56].)

Vlastníkova hypoteka, jak upravena byla osnovou druhého čtení, tak přešla do osnovy, která říšskému sněmu byla předložena a tak také do občanského německého zákonníku. Totéž platí o formách práva zástavního. Jsou to hypoteka, dluh pozemkový a rentový. Při všech vydává se list, jehož odevzdání právo z nich se nabývá.[57]) Při všech může se vydání jeho vyloučiti. Z hypoteky listovní stane se tím hypoteka knihovní.[58]) Jako zvláštní druh hypoteky přijata přísně akcessorická hypoteka zjišťovací (Sicherungshypothek) pro papíry na řád a papíry majiteli svědčící, pro nejvyšší obnosy (Höchst-, Maximal-, Ultimat-

schuld im B. G. B. und in seinen Nebengesetzen, 308, Georg J o h l, Die Rentenschuld nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Inaug.-Diss., Univ. Greifswald, 9 a násl.

[53]) Schmollers Jahruch, 15, 821.

[54]) Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1890, 2, R e a t z, Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, I, Berlin 1894, V.

[55]) R e a t z, l. c., viz též Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Beilageheft, 1892, 1893, 1894, 1895.

[56]) P l a n c k s Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, I, Berlin 1913, XXXIV a násl.

[57]) § 1026 o. II (= osnovy II. čtení) = § 1100 oř (= osnovy předložené říšsk. sněmu) = § 1117 noz (= něm. občan. zákoníku).

[58]) 1025 o II = 1099 oř = 1116 noz.

hypothek), ku provedení exekuce a obstávky. Při ní se list nevydává.[59]) Při ní princip důvěry nebo veřejné víry neúčinkuje. Vše řídí a určuje se pouze podle pohledávky.[60])

Dluh pozemkový, který z vlastníkovy hypoteky vyšel, vzal ji nyní na svá bedra. Nemá žádného zjevného vztahu ku nějaké pohledávce. Je pouze reální zavazení pozemku, které vlastník kdykoli sám může způsobiti. Na něho může hned z počátku dluh pozemkový býti zapsán[61]) a s jiného oprávněného na něho zase spadnouti. Poněvadž dluh pozemkový přece jen pojmově má býti dluhem kohosi jiného než vlastníka, je spojení jeho s vlastníkem stav mimořádný, a teorie označuje na způsob vlastníkovy hypoteky i dluh pozemkový jako pozemkový dluh vlastníkův (Eigenthümergrundschuld).[62]) Dluh pozemkový měl býti důsledně při úpravě hypotekárního práva východiskem. Měl mu státi v čele. Pro význam, jaký dosavad měla akcessorická hypoteka, dostala se v čelo tato. Předpisy, které o ní platí, zejména také všechny předpisy o vlastníkově hypotece, platí také o dluhu pozemkovém.[63]) Dluh pozemkový je povahou svou roveň dluhu rentovému. U prvého je plnění jediné, u druhého se plnění opakuje. V bezprostřední souvislosti dluhu pozemkového jedná proto něm. obč. zákoník také o dluhu rentovém. Při něm musí býti uvedena suma výplaty (Ablösungssumme).[64]) Výplata tato jest pouze vlast-

---

[59]) §§ 1184—1190, Dernburg, III, 703 a násl.

[60]) ABR, 1906, 2, Anton Koban, Das Vertrauensprinzip bei der Amortisationshypothek.

[61]) § 1196: Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden. Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, dass die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung.

[62]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Berlin 1900, 527.

[63]) § 1192: Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

[64]) § 1199: Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, dass in regelmässig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld). Bei der Bestellung der Rentenschuld muss der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muss im Grundbuch angegeben werden.

níkovi volna.[65]) Výplatou touto povstane vlastníkův dluh rentový (Eigenthümerrentenschuld).[66])

Dluhem pozemkovým je i vlastníkova hypoteka bez osobní pohledávky.[67]) Jako to bylo dříve v právu pruském při osobní pohledávce, která se i se svým právním důvodem na hypoteku radikovala, byl nyní radikován na vlastníkovu hypoteku i způsob placení, míra úroková, výpověď, čas a místo platební z akcessorické hypoteky.[68])

Vydání německého občanského zákoníka musilo míti v zápětí změnu mnohých předpisů procesních a exekučních. Z porad o nich vyšla novela ze dne 17. května 1898.[69]) Vzhledem ku § 1163 n. z. o. připojen k právnímu řádu nový § 868. Zruší-li se rozhodnutí, jež se má vykonati, nebo prohlásí-li se exekuce za nepřípustnou anebo zastaví-li se, nabývá hypoteky vlastník.[70]) Totéž platí i při zrušených aktech exekuce stavné (Arrest).[71])

Teorie a prakse vyvíjejí na předpisech něm. obč. zákoníka vlastníkovu hypoteku dále.

Vlastníkova hypoteka v širším smyslu může se vyskytovati při hypotece, dluhu pozemkovém a rentovém. Jak již uvedeno, vyšel při ní zákon z akcessorické hypoteky. Ta, jsouc v knize

[65]) § 1201.

[66]) 1200 2. odst.: Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld. Viz též Georg Johl, Die Rentenschuld nach d. deutschen Bürgergesetzbuch. Inaug. Diss. Greifswald 1902, 59.

[67]) § 1177. Viz níže pozn. 101.

[68]) BGB (Das bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes erläutert von . . . Reichsgerichtsräten) § 1163/3, § 1177.

[69]) Gaupp-Stein, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, Tübingen u. Leipzig 1901, I, 12 a násl., Grotefend, Das gesammte preussisch-deutsche Gesetzgebungs-Material, 1898, 202 a násl.

[70]) § 868: Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigenthümer des Grundstücks die Hypothek. Das Gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. Gaupp-Stein, II, 671.

[71]) Gaupp-Stein, II, 777, § 932 n. s. ř.

pozemkové zapsána, jest jejím základem.[72]) Pozemkový nebo rentový dluh, zapsaný hned z prvopočátku na vlastníka, měl by tu ukazovati cestu. Měl by stačiti pouhý zápis hypoteky, který stal se s vůlí vlastníka. Prakse však lpí na slově zákona. Žádá podle §§ 873 a 1113 něm. obč. z., aby zápis byl pravoplatně sjednán mezi vlastníkem a věřitelem. I považuje hypoteku za neplatnou a odporovatelnou třeba jen z vady, která byla pouze na straně věřitele, na př. pro jeho nezpůsobilost k právnímu jednání, pro omyl a podvod.[73]) Neplatná hypoteka, na př. zřízená plnomocníkem šíleného, stane se platnou teprve důvěrou v pozemkové knihy a může pak v dalším důsledku vésti ku vlastníkově hypotece.[74]) V souvislosti s pruskou praksí a také teorii musí stačiti i záznam (Vormerkung) dle § 883 n. o. z., aby se hypoteka založila.[75]) Považuje-li se však německý záznam pouze za osobní nárok, aby se hypoteka zřídila, pak se jím hypoteka nenabývá a také ani vlastníkova hypoteka.[76]) Způsobilým základem je také hypoteka zjišťovací v řízení exekučním a stavném, jestliže se akty zjišťovací, exekuce nebo obstávka zruší, za nepřípustné prohlásí, zastaví nebo po složení jistoty odvrátí.[77]) Při zjišťovací hypotece pro papíry na řád a na maji-

[72]) Bruck, 165.

[73]) BGB, Kommentar von Landgerichtsräten, I., § 1163/1 § 1177/1 DJZ, 1910, 120. Spruchsammlung, 247, § 1177. Jinak správně Gr. Beitr. 47, 328 Oberneck. V každém úvěrním zavazení pozemku dává vlastník na jevo svou vůli, že chce položku eventuelně jako svou hypoteku nabýti. Viz též Dr. Curt Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs, 1899, 31 dle recense Paula Oertmanna v ABR, XVIII (1900), 391. Dr. Carl Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts, III, Tübingen 1905, 740 nechává sanovati neplatné právo zástavní souhlasným míněním stran při pozdějším zastavování, že místo, neplatným zástavním právem zaujaté, je obsazeno. Obsazení působí proti nim jako výhrada pořadu. Důmyslně rozhoduje spor Dr. Otto Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der pfandrechtlichen Dogmatik. I, Leipzig 1914, 335. Vlastník měl úmysl učiniti o svém reálném úvěru disposici. Tak, jak to zamýšlel, jest však disposice jeho neplatna. Poněvadž je zde však návrh a zápis, musí disposice jako vlastníkův dluh pozemkový býti zachována.

[74]) ERC, 69, 268 (1908).

[75]) AbR, 23 (1904), W. Othmer, Bemerkungen zu §§ 883, 886, 887, 1163 BGB, 169 a násl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, 196, Bruck, 170 a násl. Jinak Gr. Beitr. 47, 324, Oberneck.

[76]) BGB, § 883/8, ABR, XXII (1903), Dr. Oskar Priester, Die alte und die neue Vormerkung, 180/16.

[77]) BGB, § 1163/1, Gaupp-Stein, Die Civilprocessordnung für das

tele jenom tehdy, pokud je papír v rukou vlastníka hypoteky anebo do jeho ruky se vrátí anebo zničí anebo za neúčinný prohlásí.[78]) Při zjišťovací hypotece za nejvyšší obnos podle teorie ihned, nezmaří-li jí vznik pohledávky, podle prakse je-li jisto, že z poměru mezi stranami věřitele již žádná pohledávka nevzejde.[79]) Základem pro vlastníkovu hypoteku může býti také hypoteka simultanní (Gesamthypothek), o níž platí zvláštní předpisy.[80]) Též amortisační, pokud ji statuty hypotečních ústavů neobmezují (čl. 167 uvoz. z. k obč. zák.).[81]) Nezpůsobilá je však hypoteka za zadrželé platy, úroky a útraty, které kauční hypotekou se zjišťují.[82])

Důvodem vzniku vlastníkovy hypoteky je volnost hypoteky, je-li prosta všeho svazku s pohledávkou. Je to, buď že se vůbec do tohoto svazku nedostala nebo z něho vyšla. V obou skupinách jsou zase možny dva případy. Pohledávka existuje nebo vůbec ještě ani neexistuje. Podle § 1117 n. o. z. nabývá věřitel hypoteky teprve tehdy, až se mu vydá list hypoteční. Pokud má vlastník list tento ve svých rukou, nevstupuje hypoteka ve svazek s pohledávkou, nýbrž náleží vlastníkovi.[83]) Pohledávka však již existuje. Hypoteka nedostane se dále do svazku s pohledávkou, poněvadž tato pohledávka ještě neexistuje. Případy tyto mohou býti různé. Valuta při zápůjčce se nevyplatila, odkládací výminka nesplnila, právní jednání bylo neplatné nebo bylo odporem zvrženo. Jak výše již uvedeno, táhne praxe někdy tyto účinky na samu hypoteku.[84]) I hypoteka podle dřívějšího práva neplatná, ku př. nevaluovaná hypoteka pruská, stala se podle čl. 192 civ.

Deutsche Reich, II, 671 a násl., § 868 civ. ř. soud. 777, § 932, Bruck, 178. Zápis ovšem nesmí býti zmatečný, viz Friedrich Stein, Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich, II, 1913, 753. Takový jest exekuční neb stavný zápis po vyhlášení konkursu, JDR (Jahrbuch f. d. R), 12, 306.

[78]) Bruck, 179.

[79]) BGB, § 1163/1, JDR, 11, 393.

[80]) BGB, § 1163/1 §§ 1172—1175.

[81]) BGB, § 1163 odst. 2, JDR, 11, 381, 382.

[82]) BGB, § 1163/1, Bruck, 184.

[83]) Gruchot, Beitr., 50 (1906), Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, praví tu pro první případ, že věřitelova hypoteka materielně (materielle Gläubigerhypothek) nepovstala (§ 1163: Die Hypothek steht dem Eigentümer zu), pro druhý případ, že věřitelova pohledávka materielně povstala, ale není vymazána. (Der Eigentümer erwirbt die Hypothek).

[84]) BGB, § 1163/2, DJZ, 1904, 29, KG (Kammergericht). 14/12 1993.

zák. hypotekou vlastníkovou.[85]) Z povahy věci plyne, že při pohledávkách, které vznikají teprvé v budoucnosti, povstane jakýsi neurčitý stav, který rozhodne buď disposice vlastníkova nebo dodatečný vznik pohledávky na př. při zápůjčce, vyplatí-li se valuta.[86]) Jakousi vlastníkovou hypotekou je také výhrada pořadí dle § 881 n. o. z. pro právo určitého objemu, zavazuje-li se pozemek právem jiným. Vyhraženým pořadím obmezuje se však pouze zapisované právo, poněvadž musí ustoupiti právu vyhraženému. Vyhraženým pořadím nevznikne žádné pevné místo. Vsune-li se proto mezi právo obmezené a právo s vyhraženým pořadím jiná závada, pozbude vyhražené pořadí svého účinku.[87]) Není-li bezúčinné, přechází na nového nabyvatele nemovitosti, také na vydražitele. Vlastník sám v dražebním rozvrhu likvidovati je nemůže.[88])

I v druhé skupině může se hypoteka uvolniti, i když pohledávka existuje nebo neexistuje. Za trvání pohledávky uvolňuje se hypoteka tím, vzdá-li se věřitel hypoteky. Vzdání toto může býti dobrovolné[89]) anebo nedobrovolné.[90]) Vzdání je vázáno na určitou formu. Musí se státi buď vůči vlastníkovi nebo knihovnímu úřadu a musí se zapsati do pozemkových knih.[91]) Na věřiteli může se však také žádati, aby se hypoteky vzdal, převezme-li

[85]) ERC, 50, 80 (1902), 52, 103 (1902) 55, 219 (1903) nevyčerpaná saská nominální hypoteka, DJZ, VI, 213 (1900), RGC, 52, 116 (1902) odmítá to při nevyčerpané saské kauční hypotece, poněvadž prý je pouze zdánlivé právo (Scheinrecht). RGC 54. 83 (1903) při pruské hypotece v odpor vzaté pro omyl a podvod.

[86]) DGB, § 1163/4.

[87]) Planck, III, 93. § 887, Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, § 43

[88]) Gr. Beitr., 47, 326, Oberneck.

[89]) § 1168: Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigenthümer. Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigenthümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch.. Viz též BGB, § 1168.

[90]) § 1169: Steht dem Eigenthümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Viz BGB § 1169 případy, kdy se to vyskytuje. Srov. dále Bruck, 188 a násl. ABR 1900, 192 a násl. Dr. F. Rathenau, Der Übergang der Kautions-(Ultimat)-Hypothek nach BGB § 1190.

[91]) Bruck, 185 a násl.

dluh, hypotekou zjištěný, osoba třetí bez vlastníkova souhlasu,[92]) anebo svolí-li věřitel, aby jeho hypoteka na pohledávku jiného věřitele byla převedena, tato nová pohledávka však nevznikne.[93]) Vzdá-li se věřitel svého práva až po dražbě, nevznikne vlastníkova hypoteka.[94])

Hypoteka se dále uvolní, zbaví-li se dlužník pohledávky všemi těmi způsoby, kterými pohledávky zanikají, jako zaplacením, dáním na místě placení, veřejným složením, kompensací, prominutím, vyloučením neznámého věřitele vyzývacím řízením, rozvazovací výminkou, doložením času a konfusí.[95]) O uvolnění hypoteky nemůže býti řeči, činí-li k pohledávce ještě cizí osoby nějaké nároky, na př. přihlásí-li se na vyzývací řízení, jímž má býti věřitel vyloučen, ještě některé osoby jako dědicové a věřitelé.[96]) Na paměti míti sluší, že placení jiného osobního dlužníka než vlastníka, prospívá tomuto dlužníkovi a na něho přechází i hypoteka, může-li se pro své placení na vlastníkovi náhrady dožadovati.[97]) Jinak však i placením třetí osoby pohledávka zaniká a hypoteka vlastníkovi připadá.[98]) Uvolnění hypoteky za existence pohledávky i bez této existence může se vyskytnouti i v řízení exekučním a stavném.

Placení vlastníkem, konfuse v jeho osobě a jiné zapravení vede k jeho hypotece jenom tehdy, je-li sám osobním dlužníkem. Jenom tyto případy zahrnuje něm. obč. zákonník pod pojem vlastníkovy hypoteky. Po pruském vzoru a také podle vzoru osnovy prvního čtení nespadá pod tento pojem, kdy vlastník platí či jiným způsobem zapraví nebo konfusí ve svém vlastnictví a věřitelství spojí dluh, nejsa osobním dlužníkem. Jak výše uvedeno[99]), kladla to osnova do takového kontrastu proti sobě, že nemohlo býti nejasno, že případy tyto pod pojem

[92]) § 418 n. z. o. Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Marburg 1913, 515, Bruck, 188.

[93]) BGB § 1180/1.

[94]) ERC 55, 264 (1903) Věřitel byl spokojen z dražebního řízení simultánně zavazených nemovitostí ve Švýcarech.

[95]) BGB § 1163/5. Viz §§ 158, 163, 362, 364, 378, 389, 397. 1171, 1188. 1195 n. z. o. Wolff, 515, Bruck, 190 a násl.

[96]) ERC 67, 95 (1907).

[97]) § 1164 n. z. o. Wolff, 515.

[98]) BGB § 1143/3.

[99]) Viz pozn. 8.

vlastníkovy hypoteky nepočítá. Stejně také něm. obč. zákonník jedná o placení tohoto druhu pohledávek na jiném místě[100]) a také při konfusi případy tyto výslovně od sebe rozlišuje.[101]) Než třeba by hypoteka tohoto posledního druhu byla jiná než vlastníkova hypoteka svrchu uvedená, vlastníkovou hypotekou je také. Jeť na jeho vlastní věci. Teorie ji proto rovněž pod pojem vlastníkovy hypoteky zařaďuje. Rozdíl obou ovšem pociťuje a proto jim dává různá jména. Tak na př. „Eigentümerhypothek mit Forderung“ a „forderungslose Eigentümerhypothek“[102]) „forderungsbekleidete“ a „forderungsentkleidete Eigentümerhypothek“.[103]) Také se první chtěla zváti „Hypothek des Eigentümers“ a druhá na rozdíl od ní „Eigentümerhypothek“,[104]) nebo první „Eigentümerhypothek im weiteren“ a druhá „Eigentümerhypothek im engeren Sinne“[105]), první „Eigentümerhypothek“, druhá „Eigentümergrundschuld“,[106]) první „echte Eigentümerhypothek“ a druhá „verkappte Eigentümergrundschuld“[107]). I hypotece, z které obě tyto hypoteky povstaly, dává se jméno. Je jejich mateřskou hypotekou (Mutterhypothek).[108]) Hledíc ku stanovisku pruského práva, dle něhož se vlastníkova hypoteka nabývala i s pohledáv-

[100]) § 1143: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über . . .

[101]) § 1177: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen massgebend. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.

[102]) Gr. Beit., 47, 314, O b e r n e c k, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis.

[103]) D e r n b u r g, III, (1904) 647.

[104]) Gr. Beit. 47, 315, B r u c k, 147, K r e c h, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889, 134 a násl.

[105]) Dr. Ernst Frh. v. S c h w i n d, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899, 116, 117, M a t t h i a s s, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, II, Berlin 1900, 172.

[106]) W o l f f, 517.

[107]) Konrad C o s a c k, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, II/1, Jena 1911, 234.

[108]) K r e c h, 138,

kou, staly se i pruské vlastníkovy hypoteky dnem 1. ledna 1900 vlastníkovými hypotekami s pohledávkou.[109])

Vlastník může nabýti hypoteky částečně s pohledávkou a částečně bez pohledávky.[110]) Může ji také částečně nabýti vedle dosavadního věřitele, nikoli však na úkor jeho pořadu.[111]) Přední pořad zůstává věřiteli i když vlastníkova hypoteka disposicí vlastníkovou do rukou třetích osob přejde.[112])

Při simultánní hypotece je lišiti, zda simultánně zavazený pozemek náleží jednomu vlastníkovi nebo více vlastníkům. Případ prvý řeší se dle shora uvedených zásad, rozeznávajíc při tom, zda je vlastník dlužníkem osobním či jím není.[113]) V druhém případě třeba zase lišiti nejprvé skupinu, kde hypoteka je volna, nedostavši se do svazku s pohledávkou a dále, kde z tohoto svazku vyšla. V této poslední skupině různí se zase případy, kde hypoteka vychází ze svazku s pohledávkou právním jednáním jen jednoho z vlastníků, jichž pozemky jsou simultánně zavazeny nebo konfusí, která se jen v osobě tohoto jednoho vlastníka uskutečňuje. Takovéto právní jednání je na př. placení, dání na místě placení, složení dlužné sumy k úřadu, kompensace. V těchto posledních případech nabývá vlastník, jenž toto právní jednání předsevezme, nebo v jehož osobě se věřitelství a dlužnictví střetne, hypoteky pouze na svém vlastním pozemku. Hypoteka na pozemcích ostatních vlastníků zaniká. Má-li však nárok na náhradu od některého ze simultánních vlastníků nebo jeho předchůdce, do výše této náhrady zůstává mu simultánní hypoteka jak na jeho vlastním pozemku, tak na pozemku tohoto vlastníka. Ustanovení toto zahrnuje tedy i případy,

---

[109]) Gr. Beit., 47, 318, O b e r n e c k.

[110]) BGB § 1143/1.

[111]) § 1176: Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164. 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrages der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden. DJZ 1905, 884 vrch. s. z. v Drážďanech z 10./11. 1905.

[112]) DJZ (Deutsche Juristenzeitung) 1905, F u c h s, Rangstellung der Eigentümer- und Gläubiger-Hypothek, § 1176 BGB 253; viz tamže 115 nesprávné mínění odchylné.

[113]) BGB § 1173/2, B r u c k, 207.

kdy vlastník je spoludlužníkem (§ 426), i kdy jím není.[114]) Zákon mluví zde o náhradním nároku (Ersatzanspruch), ale označení toto je jen zdánlivé, vskutku zůstává vlastníkovi původní pohledávka. Jeť vázána poutem simultánního zavazení i na pozemku vlastníkově a tím dokazuje svou totožnost. Čistě náhradním nárokem by byla, kdyby se byl vyprostil ze zavazení jeho pozemek. V této anomalii ožívá staré pruské právo, že i osobní dlužník nabývá svého dluhu, jako nabývá své pohledávky. Co přes tento domnělý náhradní nárok, simultánně zjištěný, přebývá, zůstává na vlastníkově pozemku jako jeho hypoteka, čili podle názoru zákona jako jeho dluh pozemkový.[115])

Ve všech ostatních případech, kde nezanikne svazek hypoteky s pohledávkou právním jednáním jednoho z vlastníků nebo konfusí v jeho osobě, připadá hypoteka simultánní všem vlastníkům simultánně zavazeného pozemku společně.[116]) Vlastníci tvoří touto hypotekou společnost. Jednotlivý společník nemůže o svém podílu disponovati, jej prodávati, zavazovati, obsah jeho měniti, jeho se vzdávati a na nové pohledávky převáděti. Dotýkal by se tím práv ostatních. Takovéto disposice mohou se díti jen všemi společně. Nesmluví-li se, může každý vlastník žádati, aby na jeho pozemku byla hypoteka omezena na dílčí obnos, který odpovídá poměru hodnoty jeho pozemku k hodnotě ostatních pozemků v čase vzniku simultánního pozemkového

[114]) § 1173: Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen. Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in der Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek. BGB § 1173/6, Dr. B. Wolff, Das bürgerl. Gesetzbuch Hand-Kommentar. Halle a. S. 1908, § 1173.

[115]) Stejně to plyne i z § 1182 n. z. o. Jinak Bruck, 210 a násl., který tu zůstává při lišení, zda je vlastník osobním dlužníkem či není. V tomto posledním případě nabývá hypoteku s pohledávkou.

[116]) Gr. Beit., 46 (1902), 65 Dr. v. Jacubezky, Der § 27 Abs. 1 BGB im Verhältisse zu § 1132 Abs. 2 § 1175 Abs. 1 Satz a BGB o vzdání se simultánní hypoteky.

dluhu, odpočítávajíc na těchto pozemcích závady předchozí.[117]) Ze simultánního dluhu pozemkového stane se jeho rozdělením na jednotlivých pozemcích vlastníkův dluh pozemkový. Vystoupení jednoho simultánního vlastníka však nepředpokládá, že i ostatní ze společnosti vystoupí. S nimi může společnost dále potrvati.[118]) Byl-li simultánní dluh pozemkový dluhem listovním, zřídí se pro dílce zvláštní pozemkové dlužní listy. Simultánní dlužní list pozemkový se zničí.[119]) Vlastníci mohou, když již jim hypoteka společně připadla, jiným způsobem, než jak zákon stanoví, simultánní dluh pozemkový mezi sebou rozděliti. Příští vlastníky to váže jen tehdy, bylo-li to v knize pozemkové zapsáno.[120]) Ujednání mezi simultánními vlastníky o rozdělení simultánního pozemkového dluhu dříve, než jim připadl, má jen účinky mezi nimi a nelze je žádným záznamem pojistiti.[121]) Je-li některý ze simultánně zavazených pozemků závadami přetížen, má teorie za to, že neobdrží dotyčný vlastník žádné vlastníkovy hypoteky.[122]) Tento náhled pokládáme za nesprávný. Rozdělení simultánní hypoteky mezi společníky není žádným rozvrhem exekučním. Třeba by toho času hypoteka neměla hodnoty, může ji míti následkem fluktuace hodnoty v budoucnosti. Na dotyčném předluženém pozemku jsou případně za simultánní hypotekou ještě nové závady, které by pak po odpadnutí hypoteky simul-

[117]) § 1172: Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Jeder Eigentümer kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, dass die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1132 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen. § 1175: Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird. BGB § 1172/1, 4, 1175/1—4. Bruck, 203.

[118]) Bruck, 204.

[119]) BGB § 1172/2.

[120]) BGB § 1172/3. Může se tak státi dle § 873 a 879 n. z. o. Bruck, 205 navrhuje pro to méně účinný § 1179 n. z. o.

[121]) BGB § 1172/3.

[122]) BGB § 1163/6. Viz dále §§ 1172—1175 n. z. o.

tánní místo její zaujaly a za změněných hospodářských poměrů třeba zaplacení došly. Případ prodlužených jedněch aneb všech simultánně zavazených pozemků třeba řešiti jiným způsobem. Poměr pro toto řešení dává sám § 1172. Hodnoty jednotlivých pozemků tvoří zde čitatele, od nichž se závady odečítají. Při prodlužení pozemku jednoho nebo více pozemků musí tvořiti hodnoty čitatele, k nimž se závady, hodnotu převyšující, připočítávají. Za nezadlužený pozemek nastupuje pak jeho hodnota.

Vlastník, simultánní vlastník nebo simultánní vlastníci nabývají hypoteky po samém zákonu (Kraft des Gesetzes) okamžikem, kdy povstala hypoteka volná anebo kdy se ze svazku pohledávkou uvolnila. Je to okamžik, kdy zřízena byla hypoteka pro neplatnou pohledávku, kdy vlastníkovi při listovní hypotece hypoteční list byl odevzdán, kdy pohledávka právním jednáním vlastníka, konfusí, vzdáním se věřitele nebo jeho vyloučením ve vyzývacím řízení zanikla,[123]) při zrušení nebo zastavení exekuce, kdy rozhodnutí o tom bylo vydáno,[124]) při maximální hypotece podle praxe kdy se zjistilo, že žádné pohledávky více vzniknouti nemohou.[125]) Z té příčiny přednost poskytnutá maximální hypotece týká se jen skutečně vzešlé pohledávky, na nevaluovanou vlastníkovu hypoteku se nevztahuje.[126]) Při spoluvlastnících, jichž

[123]) BGB, §§ 1145/6, 1163/3, 1168/2, 1169, 1170/7, 1171/5, 1172, 1173/3, 1175/3, 1177, Bruck, 217 a násl.

[124]) Gaupp-Stein, II, § 868.

[125]) Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preussens, III, 710. Bruck, 181 a násl., Richard Cohn, Die Kautionshypothek des bürgerl. Gesetzbuches. In.-Diss. Leipzig 1902, 35. Jsou však náhledy, že maximální hypoteka jest hned od počátku vlastníkův dluh pozemkový. Viz DJZ, 1905, 803, Du Chesne, Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers, Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, II/1, Marburg 1913, 554. Musí-li se však připustiti, že vlastník bez vůle věřitele knihovně maximální hypoteku na svůj dluh pozemkový převésti nemůže, jest z toho zřejmo, že trvá až do skončení poměru jako hypoteka i při novém vlastníku do celé sumy svého nejvyššího obnosu. Z podstaty její třeba také odmítnouti náhled, že zaplacením jednotlivých obnosů dle § 1163 vznikají vlastníkovy pozemkové dluhy. Srov. též Planck Bürgerl. Gesetzbuch, III, 625, Arthur Hecking, die Maximalhypothek, Borna-Leipzig 1902 (Inaug.-Diss.), 32 a násl. ERC 51, 117 (1902). Rozhodnutí toto odmítá zabavení vlastníkovy hypoteky nevaluované maximální hypoteky, pokud se nezjistí pohledávka dle § 1190 n. z. o. Viz též ERC 61, 41 (1905).

[126]) ERC, 61, 38 (1905).

podíly jsou pro tutéž pohledávku zvlášť zavazeny, třeba užíti předpisů o pohledávkách simultánních.

Subjektem vlastníkovy hypoteky je ten, kdo v čas, kdy volná hypoteka povstala nebo se uvolnila, byl vlastníkem. Při hypotece pro budoucí pohledávku, která nepovstala, je to vlastník v čas zřízení hypoteky.[127]) Je to případně jen spoluvlastník, vázne-li hypoteka jen na podílu vlastnického práva.[128]) Více spoluvlastníkům přísluší hypoteka podle poměru jejich vlastnických podílů.[129]) Pro hypoteku dřívějšího práva je subjektem ten, kdo byl vlastníkem, kdy něm. obč. zákonník v platnost vešel.[130]) Byla-li stavná hypoteka zrušena, je to vlastník v čas, kdy byla zapsána. Zrušení deklaruje pouze, že tu v čas zápisu nebylo podmínek pro hypoteku. Nemá tedy významu konstitutivního.[131]) Při maximální hypotece je to vlastník v čas, kdy se zjistí, že již pohledávky žádné nepovstanou. Poněvadž tu jde o budoucí pohledávku, přisuzují někteří hypoteku pro pohledávky nepovstalé vlastníkovi při vzniku hypoteky, pro pohledávky zaplacené vlastníkovi v čas zaplacení.[132]) Podle statutu hypotekárních ústavů, které podle čl. 167 uvoz. zák. k obč. zákonníku v platnosti zůstaly, je subjektem při amortisovaných pohledávkách teprve ten vlastník, který celou pohledávku umo-

[127]) Gr. Beitr., 47 (1903), Oberneck, 3 31, KG 30/5 1904 připouští i kupce nemovitosti, který zaplatí pohledávku mezi vzdáním a zápisem práva vlastnického (DJZ, 1905), Spruchsammlung, 32 § 1163.

[128]) BGB § 1163/6, ERC 51, 398 (1902).

[129]) BGB § 1163/4, 6.

[130]) ERC 51, 398 (1902), Gruchot Beitr. 46 (1902), 322 a násl. Stegemann, Bemerkungen betreffend die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Kautionshypotheken des preussischen Rechtes.

[131]) JDR (Jahrbuch für deutsches Recht) 11, 38, 12, 307, Seuff. A. 67, 171.

[132]) Gr. Beitr 47 (1903), Oberneck, 331. Postup ten je naprosto nesprávný. Maximální hypoteka ručí do svého nejvyššího obnosu až do ukončení právního poměru za nároky z něho. Vždyť zaplacení a nové povstání pohledávek může jíti v sterém kolóběhu. Mysleme si úvěrní hypoteku poměru desítiletého! To správně vystihuje Planck, III., 625, pravě, že do nejvyššího obnosu ručí pozemek za každý díl pohledávky. Vždyť tato se teprve účtováním zjistí! Zvláštním způsobem konstruuje maximální hypoteku Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek 1 ABR, 1905, 222 a násl. Je to předběžná vlastníkova hypoteka (vorläufige Eigentümerhypothek) bez práva na dražební výtěžek (ohne Surrogationsbefugnis). Skýtá čekatelství na konečnou vlastníkovu hypoteku u vlastníka a na plnou hypoteku u věřitele.

řil.[133]) Při jiných amortisačních pohledávkách je subjektem každý vlastník, který amortisační kvotu zaplatil. V jeho osobě povstane vlastníkův dluh pozemkový. Jej třeba při převodu nemovitosti převésti na nového nabývatele, nemají-li z různých původů vzniknouti a vedle sebe trvati pozemkové dluhy různých vlastníků.[134]) Mnohé stesky do těchto účinků amortisačních hypotek ukazují na svízele, které z tohoto rozdrobení vlastníkovy hypoteky povstávají. Nelze ji ani někdy vymazati, je-li dřívější vlastník neznám. I na věřitele, jehož pohledávka se umořením zmenšila, musí dřívější vlastník hypoteku, jíž nabyl, převésti, má-li nové pohledávce věřitelově sloužiti. I navrhuje se odpomoc tu novou cestou zákonodárnou,[135]) tu novou právnickou konstrukcí,[136]) tu prostředkem běžného práva.[137])

Obsah vlastníkovy hypoteky týká se jednak samé povahy práva, jehož vlastník nabyl, jednak jeho výkonu. Právo, kterého vlastník nabyl bez pohledávky, je jeho dluh pozemkový. S pohledávkou je to sice hypoteka, ale pokud spojení trvá, stejných vlastností jako vlastníkův dluh pozemkový.[138]) Stane-li z dosa-

[133]) Gr. Beiträge. 47 (1903), O b e r n e c k, 332, P l a n c k, III. 556/6, Viz též ABR, XXIV (1904) 358 Paul W i n t e r v recensi spisu Oberneckova, JDR, 11. 381, 382.

[134]) DJZ, 1902, 433, H a r n i e r, Eigentümer-Grundschuld und Amortisations-Hypothek, Gr. Beitr., 47 (1903) O b e r n e c k, 331 a násl., DJZ 1904, 319 rozh. vrch. z. soudu v Stuttgartě z 2/10 1903. Gr. Beitr 49 (1905), 766 a násl. Dr. Richard H i r s c h, Zur Frage der Enstehung der Eigentümerhypotheken bei den Amortisationsdarlehen. ABR XXIX (1906), 4, K o b a n, Das Vertrauensprinzip bei der Amortisationshypothek.

[135]) DJZ, 1905, 593, H a r n i e r, Eigentümer-Grunschuld und Amortisationshypothek, navrhuje dodatek k zákonu: Beim Eigentumsübergang geht eine Eigentümer-Grundschuld, welche nicht als solche im Grundbuche eingetragen ist, kraft Gesetzes auf den neuen Eigentümer über.

[136]) DJZ, 1902, 243. D r o n k e, Tilgungsbeiträge als Nebenleistungen einer Amortisationshypothek, DJZ, 1903, 331 a násl. K r e t z s c h m a r, Die Entstehung der Eigentümerhypothek bei den Amortisationshypotheken, Amortisační kvoty považují se za přirážku úroků, z níž tvoří se umořovací fond, kterýž teprve svým plným obnosem pohledávku umořuje. Hypoteky nabývá teprve ten vlastník, který umoření dokončí.

[137]) DJZ, 1905, 977, I m m l e r, Die Amortisationshypothek navrhuje, aby ústav, který druhou amortisační hypotheku povoluje, dal si zříditi od vlastníka pro ni přednost před vzniklým nebo teprve ještě vzniknoucím jeho dluhem pozemkovým z amortisačních kvot pohledávky první. Ukazuje také na závazek ku výmazu zaplacené hypoteky dle § 1179.

[138]) BGB, § 1177/3, 6, § 1143/6.

vadní hypoteky dluh pozemkový, je kniha pozemková, znějíc posud ještě na hypoteku, nesprávná. I třeba ji opraviti. Kdo je zapsán, musí k tomu dáti svolení. Byla-li pohledávka zaplacena, stačí k tomu kvitance. Při pohledávce listovní je nad to ještě potřebí, aby list se odevzdal; byla-li zaplacena jen část pohledávky, aby zřízen byl list dílčí.[139]) Prosté výmazné prohlášení neosvědčuje akt nabytí a proto nepostačuje.[140]) Tento nabytý dluh pozemkový liší se od jiného dluhu pozemkového, že některé vlastnosti dřívější hypoteky naň z této hypoteky přecházejí. Tento nový dluh pozemkový je buď knihovní nebo listovní, byla-li dřívější hypoteka knihovní nebo listovní. Podle hypoteky řídí se úroková míra, způsob placení úroku, výpověď kapitálu a místo platební. Tyto poslední modality vztahují se i na případ, až zase dluh pozemkový nebo statek z rukou vlastníka na jiného přejde.[141]) Vlastník může dluh pozemkový nebo hypoteku s pohledávkou na sebe dáti přepsati.[142]) Vlastník může svým dluhem pozemkovým nebo svou hypotekou nakládati jako každý jiný věřitel. Může je zciziti zplna nebo částečně.[143]) K převodu není ovšem potřebí, aby mezitím byla kniha pozemková opravena zápisem vlastníkova dluhu pozemkového nebo jeho hypoteky. K převodu stačí listina, která jej samého opravňuje ku zápisu jeho vlastního práva. Při převodu třeba však výslovně uvésti, že se hypoteka dosavadní změnila v dluh pozemkový. K převodu je při knihovní pohledávce potřebí smlouvy o knihovní změně mezi vlastníkem a postupníkem a zápisu převodu, při pohledávce listovní písemného převodního prohlášení na listu nebo zápisu převodu a odevzdání listu.[144]) Jak již výše při amortisační pohledávce bylo uvedeno, je postupu tohoto potřebí, chce-li vlastník dluh pozemkový nebo hypoteku s pohledávkou zase na dosavadního věřitele převésti.

[139]) BGB, § 1163/3, DJZ, 1901, 213 (rřs z 2/3 1901), ERC, 48, 54., Gr. Beitr., 47., 320, O b e r n e c k.

[140]) Gr. Beiträge 47, O b e r n e c k, 320. Nestačí k disposici vlastníkově, prohlásí-li věřitel: Ich bekenne, Valuta empfangen zu haben und bewillige die Löschung der Post.

[141]) BGB § 1177/3, 4.

[142]) §§ 1196, BGB § 1177/6.

[143]) BGB § 1177, 1196/2.

[144]) BGB § 1163/3, § 1154, 873, Gr. Beitr., 47, 319 O b e r n e c k, Převodního prohlášení § 1155: (Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung) jest potřebí, aby se případně dle § 1155 n. o. z. nežádal předchozí zápis vlastníka. Viz též P l a n c k, III, 535, § 1155.

I tu v převodních prohlášeních musí se změny, které po samém zákonu nastaly, výslovně konstatovati. Vlastník může však, místo aby dluh pozemkový převáděl, buď s dosavadním věřitelem anebo s novým věřitelem sjednati, že se dluh pozemkový mění v hypoteku za novou pohledávku věřitele nového nebo starého. Změna ta musí do pozemkových knih býti zapsána.[145]) Ku postupu pohledávky na osobu třetí zaplacený věřitel, jak to pruské právo připouštělo, povinen není.[146])

Na vlastníkův dluh pozemkový nebo jeho hypoteku s pohledávkou může se vésti exekuce jako na každé jiné věcné právo.[147]) I při vlastníkově hypotece může ze změniti pořad.[148]) Neplatí to však o vlastníkově hypotece, která teprve vznikne, pověvadž tu jest k tomu jen věřitel se svolením vlastníka oprávněn.[149]) Vlast-

---

[145]) BGB §§ 1163/3, 1198/1 Gruchot Beitr. 47, 317 O b e r n e c k uvádí pro to formulář prusk. ministerstva spravedlnosti: Abgetreten mit den Zinsen seit . . . unter Umwandelung der zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek in eine Hypothek aus einem Darlehen von . . . mit Zinsen u. s. w. Pro listinu postupní navrhuje schema: Die mir durch Verwandelung in eine Grundschuld zustehende, im Grundbuche von . . . eingetragene Post trete ich mit den Zinsen seit . . . an X ab und wandele sie zugleich in eine Hypothek für eine Darlehensforderung desselben im Betrage von . . . um . . . Pro hypoteku s pohledávkou navrhuje znění postupní listiny: Die im Grundbuch . . . Abth. 3. Nr. . . eingetragene Hypothekenforderung, welche ich auf Grund der anliegenden, notariell beglaubigten Quittung und des notariellen Kaufvertrages als nicht persönlicher Schuldner bezahlt habe, trete ich hiermit mit den Zinsen, von . . . an X ab.

[146]) Gr. Beiträge, 47, 321, O b e r n e c k. V pruském spolku právních zástupců navrhovala se do notářských dlužních listů z této příčiny tato doložka: Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Betrages, für welchen das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten (u listovní hypotheky: „und diesem den Hypothekenbrief und die Legitimationsurkunden auszuhändigen", u knihovní hypoteky: und in die Umschreibung auf den Dritten zu willigen). Prakse záznamy takového druhu pro jich malou určitost nepřipouští. I teorie vede o ně spor. Viz O b e r n e c k, 321, 322 tamže.

[147]) BGB § 1196/2. K tomu viz § 1069, 1154, 1274, 1291 n. o. z. a § 857 odst. 6, § 830 c. ř. s.

[148]) ERC, 10, 197, H o r n, Die Eigentümerhypothek, Breslau 1906, 45.

[149]) BGB, § 880/3.

níkova hypoteka pokládá se za jeho majetkové právo[150]) a béře se do jeho pozůstalosti.[151]) Vlastník nemusí ovšem hypotekou ani disponovati, nýbrž může ji dáti vymazati.[152]) Závazek tento může v příčině své příští hypoteky na sebe také vzíti smlouvou[153]) anebo posledním pořízením.[154]) Ujednati to může s vlastníkem osoba, která na pozemku vůbec ještě oprávněna není, anebo věřitel, o jehož pohledávku se jedná, anebo může to zníti na prospěch kteréhokoli příštího věřitele (des jeweiligen Gläubigers) zadnější pohledávky.[155]) Vyhraditi si to může zejména ten, kdo postoupil přednost některé pohledávce v příčině této pohledávky.[156]) Vyjednati se to může pouze o hypotece, nikoli o jiném právě, a sice o hypotece, která je již zapsána nebo která se právě zapisuje, také o více hypotekách a všech již zapsaných hypotekách.[157]) Závazek proti vlastníkovi, aby provedl výmaz, týká se jeho hypoteky, které nabude, když se s vlastnictvím v jedné osobě spojí. Předpokládá to tedy mimo případ § 1177 n. o. z. i všechny ostatní případy, kdy hypoteka ze svého pouta s pohledávkou vyjde anebo do tohoto svazku se vůbec nedostane.[158]) Ujednání nemůže se týkati hypoteky pouze zaznamenané. Záznam má jen účinky obligační, nikoli věcné. Pojišťuje se jím právní zájem některé osoby. Nelze jej rozšířiti všeobecně

[150]) ABR (Archiv. f. bürgerl. Recht) XIX (1901), 70, Dr. H e y e r, Die Selbsthülfe.

[151]) ABR, XIX (1901), 160, 166. Dr. S a l i n g e r, Die Nacherbfolge nach dem bürgerl. Gesetzbuch.

[152]) BGB, § 1163/3.

[153]) § 1179: Verplichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

[154]) D e r n b u r g III., 647.

[155]) BGB, § 1179/3.

[156]) Na př. při přednosti stavebnímu úvěru. Viz DJZ, 1905, 1225. B u d d e, Kann der § 648 BGB zu einem genügenden Schutze für die Realgläubiger ausgestaltet werden? Viz tamže 1308 S t e i n i t z k témuž článku, že k záznamu dle § 1179 je u věřitelů málo důvěry a že se spíše dává přednost každé splátce stavebního úvěru postupně. Viz též DJZ, 1913, 1432, H e i n i t z, Grundschuld und Löschungsvormerkung, a k tomu DJZ 1914, 226, Ricks, již ukazují, že záznam dle § 1179 je při dluhu pozemkovém bez významu. Nevztahuješ se § 1163 odst. 1 na dluh pozemkový.

[157]) BGB, § 1179/3.

[158]) BGB, § 1179/6.

na zájem, který v čas záznamu ještě neexistoval. Obyčejně je tento zájem lepší jistota pohledávky. Tedy jen pro tuto pohledávku může býti záznam uplatněn, nikoli dále.[159]) Věcně vznik vlastníkovy hypoteky vyloučiti se nedá.[160]) Nárok na výmaz zajišťuje se záznamem.[161]) Judikatura nutí správce konkursní podstaty, aby jej uznal.[162]) Judikatura váže i konkursního správce, aby uznal nárok na poskytnutou přednost, záznamem pojištěnou, poněvadž prý se za částečný výmaz pokládati může.[163]) Záznam nebrání vlastníkovi, aby hypotekou disponoval a třetí osoba následkem této disposice práva nabude, ale nabytí toto je vůči osobě, které záznam svědčí, bezúčinné a od třetí osoby, jež proti záznamu právo nabyla, může se žádati, aby ku výmazu svých práv přivolila.[164]) Záznam nebrání, aby z nejvyššího podání hypoteka vlastníkovi byla přikázána. Pojišťuje se jím pouze nárok na výmaz, který před rozvrhem podání žalobou na vlastníkovi vynucen býti musí.[165])

Předmětem exekučního nebo stavného postihu je hypoteka vlastníkova ihned, jak po zákonu povstane.[166]) Při knihovní hypotece je potřebí, aby zabavení zapsalo se do knih pozemkových, při listovní hypotece, aby list věřiteli se odevzdal anebo soudním vykonavatelem odňal. Zapisuje-li se zabavení, je zprvu nutno, aby

---

[159]) ERC, 63, 155 (1906), Gr. Beitr. 47, 338 O b e r n e c k.

[160]) Gr. Beitr., 747, 325 O b e r n e c k.

[161]) BGB, § 1179/3. Viz též ERC, 63, 153 (1906). Záznam takový má n. př. toto znění: Zu Nr. 5 280.000 M Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des jeweiligen Gläubigers, der 20.700 M Nr. 4 gegen den Eigentümer, diese Hypothek löschen zu lassen, falls sie sich ganz oder teilweise mit dem Eigentum vereinigt.

[162]) BGB, § 1179/5. Viz též o významu záznamu (Vormerkung) § 883 n. z. o. v pozn. 164.

[163]) BGB, § 1179/5, DJZ, 1914, 944.

[164]) § 883 odst. 2: Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. § 448: Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

[165]) ERC, 57, 209 (1904), jinak BGB § 1179/7.

[166]) BGB, § 1163/3, DJZ, 1904, 121 (ŕš 3 17/10 1903), 1109 Gr. Beitr. 50, 551 a násl. O b e r n e c k, Die Pfändung der Eigentümerhypothek.

hypoteka na vlastníka se přepsala.[167]) Zabavena může býti i vlastníkova hypoteka, která snad teprve příště povstane. Zabavení toto nelze však zapsati, aniž záznamem zajistiti.

Vlastníkova hypoteka, která vznikla před vyhlášením konkursu, náleží do konkursní podstaty. Do ní patří také, byl-li její vznik z prostředků konkursní podstaty konkursním správcem způsoben. Připadne-li však úpadci teprve po vyhlášení konkursu na př. konfusí při dědictví, náleží jeho disposici.[168])

Předchází-li vlastníkova hypoteka vymáhajícímu věřiteli, počítá se v dražebním řízení do nejnižšího podání a přejímá se vydražitelem jako obtížení vydražené nemovitosti. Jde-li za vymáhajícím věřitelem, zaniká příklepem a přikazuje se z nejvyššího podání subhastatovi, jeho konkursní podstatě anebo nadzástavním věřitelům.[169]) Vlastníkovi však nepřísluší právo, aby dražební řízení sám provedl. Při vnucené správě přísluší-mu úroky z jeho hypoteky teprve od té doby, kdy byla vnucená správa zavedena, až do jejího skončení. Totéž platí i vůči osobám, pro něž je jeho hypoteka zabavena. Provádí-li se vnucená správa a současně dražební řízení, lze úroků pouze z výtěžku vnucené správy, nikoli z dražebního podání žádati.[170])

Vlastníkova hypoteka, podle německého obč. zákonníka, nehledíc ku vlastníkově hypotece s pohledávkou, vlastně vlastníkův dluh pozemkový, vzniká z hypoteky. Vlastníkův dluh pozemkový může vzejíti také ze samého dluhu pozemkového nebo důchodového. Třeba tedy všechny tyto předpisy na dluh pozemkový a důchodový vztáhnouti, pokud povaha těchto dluhů to nevylučuje.[171]) Vlastníkův dluh pozemkový vzniká zejména při zajišťovacích fiduciárních obchodech. Poskytuje-li se stavební úvěr, zřizuje se ku jeho krytí dluh pozemkový na celý jeho obnos. Úvěr sám vyčerpává se podle potřeby postupně. Pro obnos

[167]) DJZ, 1909, 383 (r. mnichov. z. soudu).

[168]) BGB, § 1163/3, DJZ, 1905, 460 (KG z 16/1. 1905), 852, ERC, 61, 374 (1905), DJZ, 1906, 64, 883; 1909, 546, 655 H e y m a n n, Gibt es Mittel zur Sicherung der Pfändung einer Eigentümerhypothek vor Eintragung oder Briefwegnahme? Gr. Beitr. 50, 576 a násl. O b e r n e c k.

[169]) BGB, § 1177/3.

[170]) BGB, § 1177/3, 1197/1.

[171]) P l a n c k, § 1192 4d, ERC, 78, 61 (1911) § 1163 odst. 1 se na dluhy pozemkové nevztahuje.

nevyčerpaný připadá dluh pozemkový vlastníkovi.[172]) Vlastníkův dluh pozemkový se hned z počátku zřídka zřizuje. Chce-li se nějaké místo zajistiti, používá se spíše výhrady pořadí. Při nekalé praksi užívá se ho, aby se zabránily exekuční zápisy na výhodném místě. V Meklenbursku postupuje jej otec těm svým dětem, které statku nenastupují.[173])

Vlastník může nakládati svou hypotekou také tím způsobem, že ji vymaže. Prohlášením, které za tím účelem u knihovního úřadu učiní, je vázán, i než se knihovně provede. Nemůže je vzíti zpět.[174])

Předpisy o vlastníkově hypotece jsou povahy imperativní. Nelze jich nešetřiti. Vlastník nemůže se vlastníkovy hypoteky vzdáti.[175]) Jen předpisy zemských a rytířských úvěrních ústavů (landschaftliche, ritterschaftliche Creditanstalten), které snad vlastníkovy hypoteky vylučovaly, zůstávají i za něm. obč. zákonníka v platnosti. Jen potud připouští judikatura zápis doložky, která disposici vlastníkovu vylučuje.[176])

---

[172]) DJZ, 1906, 1000 Dr. W e i d e m a n n, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte. Viz tamže. 257, H i n s b e r g, zur Lehre von der nicht valuierten Grundschuld, 297—298 H a c h e n b u r g, DJZ, 1907, 929 G ü t h e, Wie ist die nicht valuierte Grundschuld im Falle der Zwangsversteigerung zu behandeln, ERC, 60, 251 (1905) nesprávně přisoudilo nevaluovanou část zadním věřitelům. Gruchot Beiträge, 50, 596, Dr. J ä c k e l, Die nicht valutierte Grundschuld und der Verzicht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse; tamže 51, 162 Dr. E c c i u s, Noch einmal die ins Freie fallende Grundschuld, B r u c k, 174, ERC 78, 61 nechává i při nevaluovaném dluhu pozemkovém tento nedotčeným, ježto vůbec nějakou pohledávku nepředpokládá. Přisoudilo proto nelikvidovanou část držiteli dluhu pozemkového.

[173]) ABR, XXXII (1908), 424, Martin S e g a l l, Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten.

[174]) § 875 n. o. z. Viz k tomu ERC, 66, 285 (1907).

[175]) Gr. Beitr., 47, 325, 336 a násl. O b e r n e c k.

[176]) Gr. Beitr., 47, 337 Oberneck uvádí tuto usnesením komorního soudu z 28./5. 1900 připuštěnou doložku: Der Eigentümer soll bis zur Tilgung des Kapitals nicht befugt sein, über den abgetragenen Theil des Kapitals zu verfügen, insbesondere denselben löschen zu lassen.

O nekalé soutěži.

Napsal dr. František Müller.

Úchylky soutěže od příkazu práva a slušnosti budou asi tak staré jako soutěž sama a její jeviště: trh.

Zboží, cena, platidlo, jméno — nic neušlo zištné vypočítavosti trhu — ať na něm vládla primitivní výměna naturálií, nebo prohibice merkantilismu nebo volnost industrialisujícího kapitalismu.

Ta „aurea aetas, quae vindice nullo" existovala jen ve vznícené mysli básnické.

Nekalá soutěž, — takto široce pojímána — není tudíž plodem moderní volnosti soutěžní, jak se zhusta za to má, a víme z dějin, že ustálený mrav a z něho vzniklé právo zvykové a později positivní rušivým zjevům nekalé soutěže ode vždy věnovaly svou pozornost.

Nesporno ovšem jest, že úkazů nekalé soutěže co do množství a odvážnosti přibývalo vzrůstem rozměrů a složitosti trhu, jehož volnost podmiňovala nevyčerpatelnost technických pokroků a vynucovala těžkopádnost zákonodárství, v jehož všemohoucnost svět, jinak tolik skeptický, ochotně věří.

Tak dalece jest možno říci, že ve stínech volnosti soutěže na moderním trhu vybujela spousta škodných zjevů, na něž ruka zákonodárcova dosud nedosáhla, ač se stesky zájemců hlasitě ozývaly.

Občan sice státu jako takovému, ať byl vrchnostensko-policejní či právní nebo hospodářský či sociální, politicky nikdy mnoho nedůvěřoval, jsa v tom podporován naukami velkých myslitelů a konstruováním osobních svobod ústavních; hospodářsky však požadoval na státu vždy všechno, od ochranného cla až do socialisace.

Hmotný zájem vedl hospodářské konkurenty dříve a úsilovněji nežli širší vrstvy obecenstva k tomu, že se domáhali, aby je zákonodárce chránil proti účinkům nekalou označované soutěže, jejíž skutkové podstaty se dosud vymykaly dosahu positivního práva jak občanského tak trestního.

Tím se dostal požadavek zákonného potírání nekalé soutěže také na programy středostavovského živnostnictva, které si slibo-

valo novou zbraň proti hmotně silnějšímu kapitalistickému průmyslu a jistému mravně nevybíravějšímu obchodu.

V bývalém Rakousku, kde jinak byla půda podobným snahám příznivá, se zahájené propagandě zprvu prakticky nevedlo valně, jelikož celé hnutí bylo tendenčně zabarvováno vlivem určitých stran politických a za Litavou vládla mentalita veskrze odlišná.

Příklad Německa, kde byl problém řešen po prvé zvláštním zákonem (ze dne 27. května 1896), opírajícím se ovšem o věcné úvahy větší mravní a ekonomické prosperity domácího průmyslu a obchodu, zavdal podnět k oživené aktivitě v bývalém Rakousku, takže v příslušných ministerstvech bez ustání bylo pracováno o pokusech náš problem podobně vyřešiti. Příslušné osnovy jsou veřejnosti známy, byly předmětem široce založených odborných anket a dostaly se jako vládní předloha i do parlamentu; než uzákoněny nebyly.

Ač práce v ministerských kancelářích na tyto osnovy vynaložená svědčí o mravenčí píli a uznání hodném konstruktivním důmyslu, přece netřeba litovat, že zůstaly jen materiálem, a to z důvodů technických i hospodářsko-politických. Technicky pokládám osnovu za pochybenou pro její kasuistickou methodu, převzatou po německém vzoru, a hospodářsko-politicky by bylo bývalo jednostranné uzákonění osnovy v Rakousku, jako jenom jedné části konkurenčního kolbiště daného hospodářským a celním územím bývalé společné monarchie, svrchovanou protiúčelností. Rušivé účinky takové jednostrannosti bychom pociťovali zajisté i my, majíce v státním území části bývalého státu uherského.

Aby se předešlo podobné diskrepanci, bylo naším přičiněním pojato do posledního rakousko-uherského vyrovnání z roku 1907 ustanovení o reciprocitě (článek 17. bod 2. zákona ze dne 30. prosince 1907 č. ř. z. 278) a v závěrečném protokolu k tomuto bodu bylo sjednáno, že se obě vlády postarají, aby za účelem zamezení nekalé soutěže v obou státech vešly v platnost zásady v podstatě se shodující. Tak dohoda platila po rozumu zákona ze dne 27. prosince 1917 č. ř. z. 512 a smlouvy ze dne 18. listopadu 1917 i na dále.

Zmíněné pactum de contrahendo bylo tedy jediným plodem kodifikace na poli tak bohatém a sporném v zaniklé říši.

Našemu domácímu zákonodárství, kterému kyne i v mírových smlouvách zmíněný úkol řešit otázku nekalé soutěže, není tudíž co do zákonného inventáře z Rakouska a z Uher poděděného žádnou, tuto látku ex professo vyčerpávající úpravou prejudikováno.

Máme úplnou volnost stanovit, co chceme nekalou soutěží označit a jak jí chceme čeliti. O důležitých těchto otázkách materielního práva, legislativně-technické methody a procesuálního postupu jsem v zásadě již uvažoval ve dvou článcích, z nichž jsem jeden před lety uveřejnil v „Oesterreichische Zeitschrift für Verwaltung“ a druhý v „Der Economist“, časopisu „Neue freie Presse“ ze dne 20. března 1918.

První článek, pojatý také do oficiální sbírky materiálií k rakouské vládní předloze, se obíral analysí právní povahy faktů nekalé soutěže po rozumu nutné speciální úpravy zákonem a druhý článek platil po výtce návrhům, jak upravit procesuální postup.

Následující výVody opírají se v podstatě o uvedené studie, snažíce se jich ideový rozsah stručně a přesněji znázornit.

Oblast nekalé soutěže po rozumu nutné úpravy zákonem není tak široká, jak se v nedosti kritických diskusích a v schematisujících rozborech obyčejně pojímá.

Nejsouť všechny poruchy a poklesky, které lze v pestrém paralelismu a antagonismu zájmů na trhu se uplatňujících přičísti na vrub mravní neb právní zodpovědnosti člověka, zjevy nekalé soutěže v technickém smyslu žádoucího speciálního zákona.

Zneužívá-li soutěžitel svého postavení na trhu takovým způsobem, že se dopouští skutků, jež svou absolutní právní povahou i mimo jakýkoliv vztah k hospodářské soutěži jsou kvalifikovány jako krimininální nebo civilní protiprávnost, tu netřeba další zvláštní normy. V takových případech jest objektivně a subjektivně právní potřebě dosavadním neb doplnitelným právem trestním a občanským již vyhověno, ana způsobená porucha se trestem nebo odškodněním odčiňuje.

Z moderního života hospodářského a sociálního vzešla však hojnost zájmů, které se nedají individualisovat po způsobu nabytých práv, ale také ne tak objektivisovat, aby jich porucha byla všeobecností pociťována jako zločinná.

Zájmy tohoto rázu se pnou k hospodářskému trhu vyčerpávajíce se snahou, zachovat mu volnost soutěže jako spořádanou možnost pro každého se tam uplatnit.

Zájmy tyto jsou povšechné, anonymní, nerozlučné od pojmu soutěže a vyžadují právní ochrany jako konkretní záruky abstraktní spořádanosti trhové.

Zde máme ono specificum, čekající na svou zákonnou úpravu, jejíž předmětem nejsou subjektivní práva konkurentů, nýbrž objektivní pořádek konkurence, jakožto její racionalisovaná volnost.

Tímto rozborem dospíváme k prakticky důležitému závěru, že se při celé akci potírání nekalé soutěže zákonem speciálním jedná o problém práva policejního, takže předem nám jest zamítati každou kriminalisaci (soudní trest) těch kterých skutkových podstat.

Hledajíce odpověď na druhou otázku, podle jaké methody se má daná látka legislativně zpracovati, musíme dbáti i historického vývoje, jako nahromaděného materiálu experimentálního, i úvah čistě deduktivních, jako neprejudikovaného tvůrčího kriticismu.

Jest logicky pochopitelno a prakticky správno, že specialisující zákonodárství se bralo ve stadiu počátečných pokusů cestou kasuistiky, jak nasvědčuje příklad Německa a prvních kročejů mezinárodního práva na tomto poli. Napomáhal tomu též způsob nazírání právnické ortodoxie, která viděla svět jen brejlemi striktního práva, požadujíc přesné formulky pro veškeré konstrukce obligační a trestní.

Oblast těmito methodami neuchranitelných zájmů hospodářsko-právních zůstávala dlouho terra incognita, ačkoliv už dosti záhy se obeznamovali s objektivní povinností hradit škodu nezpůsobenou vlastní subjektivní vinou.

Jest rovněž jenom důsledkem zásadní nespecialisovanosti, a nikoliv skutečnou předností, kritikou ve francouzském právu a soudnictví jako zvláštní exaktnost pochvalovanou, že tam postačovala interpretace článku 1382. code civil (tout fait queleconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute du quel il est arrivé à le réparer). Přezírá se i zde, že se v soutěži uplatňují zájmy, kterým se nezjednává reparace zplna

ani náhradou škody ani trestem, nýbrž hlavně zachováváním konkurenčního pořádku samého.

Německo konstruovalo ve svém novém, od 1. ledna 1900 v celé říši platném občanském zákoníku, čl. 823. a 825. institut náhrady škody na neobyčejně širokém základě, a přece se nestal speciální zákon proti nekalé soutěži ani formálně ani věcně obsoletním, jelikož občanský zákoník má na paměti nabytá práva, subintelliguje dolus a pracuje s náhradou škody.

Výtka činěná rakouské judikatuře, že nedovedla využíti normativní potence všeobecného předpisu § 1295. občanského zákoníka tou měrou jako francouzská judikatura, nebyla věcně založena, jelikož se tu správně pociťovala potřeba specifické úpravy, pro nepostačitelnost reparačních nástrojů konservativního práva a vratkost konstrukce fiktivních práv po způsobu francouzské achalandage.

Methodou pouhé interpretace, a to sebe extensivnější, se nedá problém potírání nekalé soutěže řešit, i kdyby občanský zákon dával soudu k ruce vodítka tak volná, jako je navrhovala osnova něm. občanského zákona (§ 705.) prvního čtení řkouc: „als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstösst“.

U porovnání s francouzským znamená německý právní stav nesporně pokrok svou specialisovaností.

Právní potřebě v plném jejím rozsahu německý speciální zákon však nevyhovuje pro svou methodu kasuistickou. Zajišťuje-li německý zákon svou kasuistiku dodatečně tak zvanou generální klausulí, tož znamená nutnost takové povšechné klausule přece jenom désaveu použité methody kasuistické, a nikoliv její dotvrzení.

Je-li za těžko pojem loyality positivně definovat, jest technicky nemožno předem všechny druhy a způsoby deloyality hospodářské soutěže vypočítávat. Legislativní praxe a doktrina seskupují sice podle jistých kriterií počiny nekalé soutěže v určité ustálené třídní typy, ale i ty řady jsou neúplné a trpí jednak všeobecností jednotlivých tříd a dále tím, že v sebe pojímají i počiny, které vybočují ze specielního rámce, jsouce už diferencovány jako poruchy rite nabytých práv jiných subjektů.

Stojíce na stanovisku hospodářsko-policejního práva, nepotřebujeme nijak nehybných formulí pro legislativní řešení problému. Úctyhodné, v konservativním právu povždy platné imperativy: „nulla poena sine lege“ a „co není výslovně zakázáno, jest dovoleno“ podléhají tam, kde veřejné právo jest prostupováno požadavky moderního hospodářského a sociálního života, kompromisům. Vždyť už i dřívější policejní stát si dovoloval podobné kompromisy, jichž příklady do dnes platí jako známé policejní patenty (1854) a nařízení (1857).

Zamítajíce tudíž methodu kasuistickou a nemajíce rovněž možnosti legislativní potřebě posloužiti jednotnou, svrchovaně exaktní normou, navrhujeme methodu zvláštní, kterou jest zároveň dán celý modus procedendi.

Ponecháváme zájemcům, aby v mezích objektivního práva z volné, nijakými definicemi nepoutané úvahy, uznávali sami, je-li ten či onen počin aktem nekalé soutěže.

Zájemci jako činitelé soutěže znají trh a jeho věcnou i osobní strukturu a dovedou jako odborníci nejlépe posoudit nebo vycítit, co jest při vzájemné soutěži contra bonos mores.

Nejenom odbornou znalost věci i nezbytnou objektivnost by zaručovala kolegia expertů, jsouce exponentem svého povolání, které má kolektivně nejvitálnější zájem na zachovávání spořádanosti soutěže.

Namítalo-li by se, že při takové judikatuře in propria causa bude docházeti ku třídní znemravnělosti po vzoru solidarity hospodářsky zvrhlých kartelů, nebo že silný jedinec prosadí svůj hmotný zájem na úkor ideálního zájmu třídy, tu dlužno odvětit, že kontrola veřejným míněním a dozorčím úřadem k provádění vot expertů povolaným vykonávaná, by byla účinnou zárukou proti uskutečňování podobných choutek. Rozumí se samo sebou, že by jedinec, in concreto jako strana zúčastněný, byl vyloučen ze součinnosti při příslušném sboru znalců. Ale i jinak by jedinec nebyl tuze sváděn, zneužívat svého soudcovského postavení na př. upřílišenou přísností vůči nepohodlnému konkurentu, jelikož by tak, stoje sám také na kolbišti soutěže, mohl prejudikovat vlastnímu zájmu.

Odborná znalost zájemců povolaných k činnosti expertů stačí úplně pro úkoly navrhovaných autonomních areopagů; nejedná se tu o aplikaci dané právní normy, vyžadující soudcovy uče-

nosti, a sborové votum expertu má, podléhajíc přezkumu dozorčím úřadem, přece jen podmíněnou exekvovatelnost, a to pro obor správní.

Sbory expertů by předkládaly vota, na nichž se řádně usnesly, příslušnému úřadu politickému jako svému úřadu dozorčímu. Dozorčí úřad by pak, aniž by směl meritorně revidovat prejudikát expertů, pouze zkoumal, nepříčí-li se expertisa platným předpisům práva, pokud toto jest jus cogens, nebo vyšším celkovým zájmům národního hospodářství v domácí a mezinárodní souteži.

Není-li po těchto stránkách závady, nařídí dozorčí úřad provedení prejudikátu odpovídajícím pořadem instancí, buď že vydá z á k a z nekalým uznaného počinu nebo p ř í k a z, kde nekalost soutěže jest povahy omisivní, anebo že uloží policejní t r e s t a nařídí z a b a v e n í předmětů a pomůcek nekalé soutěže, vždycky in concreto vůči rušiteli.

Znalecké sbory, na nichž činná účast by byla občanskou povinností všech zájemců, by mohl zákonodárce, upravuje do podrobnosti jich složení a nařízení, přičleniti existujícím čelným organisacím zastupujícím hospodářské zájmy větších okrsků odborových i územních, na př. obchodním a živnostenským komorám.

Sbory by se usnášely na svých votech buď z popudu dozorčího úřadu neb na stížnost určitým způsobem soutěže omezovaného konkurenta nebo konsumenta, takže by kruh osob ke stížnosti legitimovaných byl takřka jako při jakési actio popularis rozsáhlý. Odepře-li znalecký sbor a limine o stížnosti strany jednati, může se strana odvolat k dozorčímu úřadu, aby sboru jednání uložil.

Znaleckému sboru by sloužil jako stálý technický poradce právnicky školený tajemník, který by také uveřejňoval vota sborová, jichž provedení dozorčí úřad nařídil.

Jednáním na základě speciálního zákona o potírání nekalé soutěže by se nijak nevylučovala, tam kde projednávaný fakt nekalé soutěže jest zároveň kvalifikován jako trestní čin po rozumu jiných zákonů anebo jako obligační titul po rozumu norem o náhradě škody, možnost dalšího současného postupu podle těch kterých předpisů.

Specialisace našeho positivního práva podle uvedených návrhů znamená očividně zjednodušení celého problému a odpovídá

duchu času, vyžadujicímu vydatné odbyrokratisování veřejné správy, najmě v oboru národního hospodářství.

Poznávat hospodářskou potřebu a hájit její zájmů i tam, kde se tyto zdánlivě uzlí, dovede nejlépe — pokud nejde o vyšší zájmy národního a státního celku — autonomie odborníků stojících se svou ctí a se svým statkem v činném hospodářském životě.

Životem zkušeného člověka zajisté ani nenapadne, aby podlamoval autoritu institucí, které jsou pilířem civilisovaného pořádku ve státě, a žádal, aby někdo byl vyjímán z právomoci svého řádného soudce; než zatěžování soudce úkoly hospodářské policie by rovněž nebylo záhodno.

Policejní kvalifikace konkurenčních přehmatů po rozumu navrhované úpravy skýtá mnohé úlevy po stránce občanské oportunity.

V překotném reji na trhu zápolících vztahů a zájmů, kde nemůže platiti cnostné „ama nesciri“, propaganda a její reklama snadnô zvábí ku přemíře i jinak střízlivého účastníka, a bylo by zajisté nepřiměřeno, kdyby se tu ihned ukládaly difamující tresty soudní.

Tak by se dala zákonem uzpůsobit ochrana soutěže proti jejím výstřelkům pro dosah domácího trhu, aniž by bylo nutno rozvracet po základy jeho vzezření a život.

Vzájemnost domácího a světového trhu však nedovoluje, aby ji přehlížel, kdo chce uspokojivě řešit problém nekalé soutěže. Jest pravda, že hospodářská neodvislost jest netoliko doprovodem, nýbrž i předpokladem politické neodvislosti státu. Ale trh a soutěž na něm se spravují pravidly politicky neomezitelného kosmopolismu, kterému i široké rámce jako: Střední Evropa, Západ, Východ, kontinentalismus jsou tuze těsny. Jest třeba, aby skutečně existující mezinárodní reciprocita docházela i positivně právního výrazu.

Nástroje má mezinárodní právo k podobným účelům ve svých povšechných a zvláštních traktátech (obchodní a speciální smlouvy) a uniích pohotově. Jest známo, že si jednotlivé zájmové relace obzvláštní mezinárodně-konkurenční aktuality (na př. autorská práva umělecká, literární a průmyslová a ochrana označování místního původu zboží) už dříve vynutily přiléhající konvence (Paříž, Madrid, Washigton, Bern).

Podotýkáme in parenthesi, že autorská a podobná práva najmě z oboru živnostenského, jako práva firmy, patentů, známek, vzorků nepojímáme — jak jsme svrchu naznačili — v rámec právních zájmů, jichž má hájit speciální zákon proti nekalé soutěži, jelikož se tu jedná o individuálně nabytá, subjektivní práva, jichž národní a mezinárodní ochrana jest detailem občanského a trestního práva.

Vítáme s povděkem, že tvůrcové mírových smluv versailleské a st.-germainské pamatovavše ve své obdivuhodné všestrannosti i na problém nekalé soutěže, položili články 274. a 275. (Versailles) a 226. a 227. (St. Germain) základ k slibné úpravě mezinárodní.

Byť i konstrukcí i disposicí neodpovídaly zmíněné stipulace přísnější kritice právníka a politika, jelikož jsou formálně povrchní, meritálně kusé a operují s mezinárodně nejzávažnějším požadavkem reciprocity jednostranně, dbajíce očividně ochrany několika málo druhů zboží (ochrana označování místního původu vín a lihovin), jest přece jich praktický význam jako popud k autonomní úpravě celé materie patrný.

Pro Německo s jeho pokročile specialisovaným zákonodárstvím jest to více povahy exekutivní, kdežto Rakousku tím uložen značný úkon legislativní.

Předpokladem a prvním stupněm mezinárodní úpravy jest, aby odborné zákonodárství jednotlivých států dostoupilo jisté úrovně vzájemné, neboť jednostranně zaostalý stát nemůže přejímat bez poškozování vlastních zájmů závazků z reciprocity vůči vyspělejším státům a jednostranně nad úroveň druhých států pokročilý stát by stejně škodil zájmům vlastních příslušníků.

Druhý, a to již specificky-mezinárodní stupeň úpravy, je stanovení reciprocity, t. j. že výhody autonomního práva se poskytují i cizincům, buď na základě předpisů dotyčných zákonů (jako na př. podmínečné předpisy živnostenských zákonů), buď v rámci všeobecných smluv obchodních (zvláštní stipulace nebo klausule nejvyšších výhod) anebo samostatnými úmluvami.

Třetí a vrcholný stupeň úpravy znamenají zvláštní odborné smlouvy mezinárodní, jimiž se stanoví nové materiální právo mezistátní povahy, jehož uplatňovávání se ponechává úřadům toho kterého smluvního státu aneb ukládá v tom či onom rozsahu zvláštním mezinárodním orgánům (unie, mezinárodní bureau etc.). Této formy se bude na poli mezinárodní soutěže, jako dosavad,

užívat při úpravě vztahů, jichž technická, hospodářská a právnická povaha vyžaduje přesné diferenciace.

Doufejmež, že se smířeným národům světa podaří v zájmu trhové solidnosti válkou tolika pokleslé vydatně těžiti z možností daných Svazem národů, jehož praktický horoskop se zdá po stránce sociální a hospodářské slibnější než po stránce politické.

My, kteří jsme do své nově zařízené státní domácnosti převzali z trosek Rakouska zákonodárný inventář, máme velmi kusou úpravu positivní, ale bohatý a cenný materiál pracovní, z činnosti parlamentu, anket a správní i soudní judikatury, jejž odborná literatura s důstatek prozkoumala.

Z positivních norem, jejíž první ukázky, nasazující na staré cechové řády, sahají až do 18. století, zasluhují zvláštního povšimnutí předpisy rakouského živnostenského řádu (§§ 44—50), podrobně specialisující, stanovící povinnosti, práva a zákazy konkurenční a postih buď veřejný, buď k návrhu strany. (Kompetenční předpis § 114. odst. 3. lit. i. jest pro dosah živnost. společenstev výchovného významu). Z rámce živnostenského práva dlužno zde ještě vytknouti zákon o výprodejích (z 16. ledna 1895).

Zajímavé stati ochrany správného označování místního původu zboží dotýká se speciální zákon o označování chmele (z 17. března 1907). Z tak zvaných válečných zařízení zabývá se minist. nařízení ze dne 26. ledna 1918 (č. 25 ř. z.) ochranou obecenstva proti jeho klamání při odbytu zboží po stránce jakosti a způsobu výroby.

Otázka, zda a pokud mimo nové Rakousko na půdě bývalého Rakousko-Uherska povstalé státy vstupují v závazky Rakousko-Uherskem jednotlivými obchodními a jinými mezistátními smlouvami v oboru potírání nekalé soutěže převzaté, není výslovně ujasněna.

Mezi materiáliemi z parlamentní činnosti a z různých odborných anket v Rakousku nahromaděnými jsou zvláštní důležitosti ony, jež se obírají nevyřízenými osnovami zákonů o nesprávném označování původu (provenience), o zkracování co do množství a jakosti zboží (Quantitäts- und Qualitätsverkürzungen) (XI. sese 1895 říšské rady, posl. sněm.) a o potírání nekalé soutěže vůbec. Touto roku 1901 parlamentu předloženou osnovou chtěla rakouská vláda, jak ministerstvo obchodu svým výnosem ze dne 7.

září 1899 č. 47800 obchodním komorám předem oznámilo, na základě zkušeností nabytých v Německu zvláštním zákonem o nekalé soutěži ze dne 27. května 1896 upraviti celou materii jednotně.

V Uhrách, kde byla legislativa na tomto poli zdrženlivá, měli od 30. června 1894 platný zákon, článek XXXIV. z roku 1893 o správném označování množství obsahu paketovaně prodávaného zboží a smluvili roku 1907. s Rakouskem ochranu označování místního původu tokajského vína.

Obchod ve službách potřeby umravněného lidstva se řídil pravidly slušnosti a důvěry, staršími nad každé positivní právo. Zvrhly-li se konkurenční způsoby na trhu, pak jest naléhavým úkolem zákonodárství, aby positivními sankcemi zabezpečilo očistu a vrátilo hospodářskému životu solidnost, která jest jeho základní zárukou doma i v cizině.

Dr. Volkar:

Účast občanstva v jurisdikci okresních a župních úřadů.

Rozpadnutím rakousko-uherské monarchie uvolnil se pokrok též ve snahách odstranění zastaralých zvyklostí a norem centralisujícího, jednostranného systému veřejné vnitřní správy. Osvobození a osamostatnění národové chopili se vlastního zbudování této správy dle potřeb moderního života, vyhovujících kulturním a národním požadavkům. O zdokonalení soudnictví ve správě pracovalo se po desítiletí i v našem písemnictví, při čemž bylo hleděno na daleko pokrokovější úpravu toho oboru veřejné správy v našich sousedních německých státech. Nedá se popírati, že se též se strany některých rakouských vlád a orgánů vědeckých, přihlíželo na nahromaděné překážky, zadržující náležitý postup veřejné vnitřní správy. Koerberovy studie o reformě veřejné správy z roku 1904 vytkly důkladně vady, jichž odůvodnění nebylo z žádné povolané strany popíráno. Návrhy na odklizení a urovnání nedostatků, zvláště zamýšlené vytvoření správní justice však pro různé poměry kulturní, národnostní a politicko-historické jednotlivých zemí v celku nevyhovovaly, byly z valné části cizího právního a kulturního původu i přesvědčení.

Koerberovy zásady o organickém sloučení veřejné správy státní se samosprávou zemí a okresů, o uspořádání správního soudnictví ve vnitřní správě, povolání do něho občanského živlu, o úpravě správního řízení pro výkon správní jurisdikce jakož i trestního policejního práva, byly předmětem čilého rozboru theoretiků i praktiků, při čemž často převládaly stranicko-politické a národnostní náhledy i protivy; vznikla z toho celá literatura. Odborné projednávání otázek reformy veřejné správy vnitřní i finanční bylo pak vládou uloženo zvláštní komisi, r. 1911 do Vídně svolané. Působnost komise byla ustanovena na dobu tří roků. Záslužné a velice obsáhlé práce byly ukončeny r. 1914 a státní tiskárnou uveřejněny. O celkovém positivním výsledku prací této komise však nelze mluviti, neboť ke konci mnohých porad v rozličných výborech a komisích členové redakčního výboru, kteří měli formulovati plenární usnesení o návrzích organisace vnitřní správy, pro odchylnost náhledů se nesešli ke konečné redakci celkového elaborátu komise. Někteří členové pro různost názorů své hotové návrhy odvolali. V některých výborech komise byly vypracovány důkladně odůvodněné návrhy zákonů a nařízení pro jednotlivé obory reformy vnitřní a finanční správy, o nichž se níže na příslušném místě zmíníme. O mnohých z těchto návrhů, zpráv a motivů, resolucí a usnesení výborů komise, nalézáme odborné příznivé úvahy v českých časopisech, z čehož lze souditi, že se dá toho materiálu i pro reformní práce českoslov. republiky s dobrým výsledkem použíti.

Působení laického živlu ve vnitřní správě — politické — nebylo za rakouského zakonodárství a režimu z administrativy vyloučeno; ve mnohých centrálních státních i autonomních úřadech byly zřizovány poradní sbory a komise znalecké, které se dobře osvědčily. Pro školní i berní správu byly volbami povoláváni zástupcové občanstva; v autonomní správě působí vůbec občanstvo. V politické správě máme starší a též osvědčené zařízení o účasti občanstva ve správě jurisdikce. Dle branného zákona a prováděcího nařízení (instrukce) jest totiž ustanoveno, že se má o žádostech (reklamacích) za přiznání úlev ve vykonávání činné vojenské služby presenční u odvodních okresních komisí rozhodovati. Přípravné řízení provede okresní hejtmanství pro tuto komisi, která je složena z členů vojenské správy (velitelů doplňovacích okresů řadového vojska i zeměbrany) i správy politické,

totiž okresního hejtmana i jednoho referenta jeho. Do této komise patří též dva členové okresního výboru jako experti a důvěrníci odvodní komise s poradním hlasem. Postup při rozhodování o reklamacích byl ten, že dal okresní hejtman jako politický předseda odvodní komise svým referentem komisi sděliti žádost s návrhem o rozhodnutí; po té se měli vyjádřiti vojenští členové komise, pak experti autonomních úřadů. Když vojenští členové nesouhlasili s návrhem okresního hejtmana na vyhovění přednesené žádosti, musel se spis předložiti druhé stolici, avšak prozatím zůstalo rozhodnutí okresního hejtmana v platnosti. Okresní experti mohli podati stížnost proti vyhovění žádosti. Straně bylo ovšem též vyhraženo právo odvolání z rozhodnutí odvodní komise. V mnohých zákonech se potkáváme s příkazem, aby bylo u komisionálního šetření dbáno hlasu i rady zástupce obce a okresu.

Základní překážky politické i národnostní pro vybudování a konsolidování potřebné státní správy ve všech jejich oborech odpadly samozřejmě zrušením státního ústrojí a zřízení.

Jednotná úřední a národní organisace českosl. republiky musí si zjednati jasné a pevné zásady veřejné správy politické jako strážce pořádku i zákonnosti veřejného života. Vnitřní správa se má soustředit v jediném státním úřadě, každá dvojitost správy překáží výsledku. Lid má býti sám svým správcem, tedy mu patří taková organisace správních úřadů, jejich kompetence a řízení, aby živel občanský v úřadech těch co nejvydatněji platně byl zastoupen. Tento požadavek nové reformy vnitřní správy demokratické vede nás k otázce, zda a do jaké míry má býti občanskému živlu umožněno účastniti se jurisdikce veřejnoprávní. Záležitost tato jest v našich sousedních státech v celku dávno již rozhodnuta, avšak v jednotlivostech, organisaci, kompetenci a v řízení stále sporna a proto také nestejně upravena. Že rakouská vládní prakse na účastenství občanského živlu ve správě jurisdikce politických úřadů nepomýšlela, seznáváme z osnov komisí pro správní reformu, vypracovaných pro ministerské nařízení o jednacím řádu u okresních hejtmanství (okresních školních rad), jakož i pro úpravu řízení u nich. Ustanovení ona vyhovují však

i dle uveřejněných úsudků českých spisovatelů v plné míře požadavkům, kladeným pro náležité obstarávání správní jurisdikce. Správní justice — nalézání práva — byla u politických úřadů všech instancí dle zákonného obsahu prováděna a správním soudním dvorem kontrolována. Rakouská vnitřní správa neselhala za války pro svou nedostatečnou organisaci a přidělenou kompetenci politických úřadů, jak se obyčejně za to má, nýbrž z důvodů na snadě jsoucích, že nebyla a nemohla býti zařízena pro přikázané úkony po tak dlouhou dobu trvající. Místo, aby se schopné síly k úřadům přibíraly, odebíraly se jim a nahražovaly neschopnými manipulanty, neznalými věci i řeči. Hlavní však příčinou pokleslosti politických úředních orgánů ve všech stolicích stala se divoká ingerence vojenských orgánů, pro onu službu docela neschopných, zákonů neznalých.

Naše nynější zákonodárství pustilo se do úpravy správní jurisdikce u okresních a župních úřadů s hlediska radikální demokratisace. Dle § 86. zákona ze dne 29. února 1920 o ústavní listině čsl. republiky má býti v nižších státních úřadech správních podle možnosti zastoupen živel občanský a budiž postaráno při správních úřadech o nejvydatnější ochranu práv a zájmů občanstva (správním soudnictvím). §§ 4. a 5. zákona téhož data o zřízení župních a okresních úřadů v republice čsl. zavádějí účast občanstva ve správě okresní a župní podle ustanovení zákona jednak okresními výbory a župními zastupitelstvy, jednak okresními a župními senáty. §§ 58. a 93. pak ustanovují, že o účastenství župních zastupitelstev a okresních výborů při rozhodování veřejnoprávních sporů určuje zákon vydaný dne 9. března 1920 o správním soudnictví u úřadů okresních a župních č. 158 sb. z. a n. čsl. republiky, jehož návrh předložil ústavní výbor zároveň s osnovou zákona o okresních a župních úřadech; zákonem tím se upravuje zvláště organisace senátů okresních, městských a župních. Zvláštní ustanovení má § 99. téhož zákona, pro Čechy, kde dříve působily v samosprávě okresní zastupitelstva a výbory i zemský výbor v příčině příslušnosti dozorčího práva nad obcemi a nad okresními výbory, že se toto dozorčí právo příště jen s výhradou správního soudnictví může vykonávati. Také okresní náčelník (hejtman) a župan (župní výbor) může dozorčí právo přislušející mu dle zákona vykonávati jen s výhradou správního soudnictví. Takovéto pravidlo existovalo i dosud pro

vykonávání dozorčího práva nad úřadováním okresních hejtmanství v Čechách.

Ze zprávy ústavního výboru o návrhu zmíněného zákona vyjímáme tyto výklady: Státní ústrojí správní má se sloučiti se živlem občanským tím, že nové úřady okresní a župní budou úřady smíšenými, sestávajícími ze sborů volených a z úředníků státních; občanstvo má býti zákonem povoláno k rozhodující činnosti ve správním soudnictví v rozsahu dosud nikde neuskutečněném. V důvodové zprávě vládní se právem poukazuje na velmi nesnadný problém této organisační činnosti a poznamenává, že se otázkou organisační problém reformy správy nevyčerpává, nýbrž že bude nutno přikročiti k řešení otázek stanovení správního řízení a ručení státu za škody, způsobené jeho orgány, v čemž zároveň vězí otázka odpovědnosti úřednictva, které se má převychovávat.

Dle § 37. zákona ze dne 9. března 1920 jsou trestní věci policejní z působnosti okresních a župních senátů vyloučeny. Pro tu kompentenci bude naléhavě nutno přikročiti též k jakémusi uspořádání norem tohoto předmětu, alespoň v objemu hlavních politických agend, jako živnostenského řádu, zákona o vodním právu; zde i v jiných větvích politic. trestního práva je často třeba nejen vyřknouti trest, pokutu, nýbrž i zjistiti a rozhodnouti o náhradě škody způsobené trestním činem neb opomenutím v t. zv. odhaesním řízení, které také postrádá moderní úpravy. Také bude nutná kodifikace trestního policejního řízení; začátky byly již podniknuty.

I. Pro vykonávání správního soudnictví — nalézání práva — je především zapotřebí zákonné úpravy oprávnění správních orgánů, kterak se ve svých funkcích mají spravovati dle vlastního uvažování; teprve úpravou těchto oprávnění správních orgánů a vymezení individuálních práv vzhledem k správě nastává možnost ustanovení zvláštních orgánů, jimž se svěří ochrana zákonných předpisů i ochrana individuálních práv jednotlivcových. K tomu účelu mohou býti povolány jednotlivé osoby právnicky vzdělané, státní úředníci, anebo zároveň s nimi také osoby volené občanstvem, znalci a důvěrníci ve smíšených úřadech, kolegiích. Správní jurisdikce může se u nižších úřadů prováděti buď jednou osobou, zkoušeným úředníkem, za přibrání odborníka, znalce, zároveň ve vykonávání jiných funkcí veřejné správy, jak se to dělo u rakous-

kých pol. úřadů I. stolice, nebo kolegiálně s občanskými důvěrníky dle přesně určeného řízení, ve výborech nebo senátech správních úřadů, což je pravidlem v některých německých státech. Správní soudnictví v pravém slova smyslu vykonávají jak u nás, tak i v cizině řádné správní soudy, obsazené vesměs zkoušenými, právnicky vyškolenými soudci z různých oborů veřejné správy i stavu soudcovského.

Do působnosti jurisdikčních výborů a senátů u našich nižších a středních stolic správních úřadů budou patřiti i záležitosti volné vnitřní správy, často spojené s jurisdikčními funkcemi. Postup ve správní jurisdikci je volnější než u soudu; správní úředník nesoudí, nýbrž nalézá toliko právo, buď z vlastní úřední iniciativy anebo na návrh účastníka, žadatele či žalobce. V této funkci může se pohybovati i mimo přesná pravidla správního řízení v mezích splnomocnění užívati pravidel platných pro volné uvažování v případech posuzování veřejných zájmů, účelnosti a vhodnosti; uvažování takové není věcně neobmezené, nýbrž vázáno projednávaným předmětem úředního jednání. Úkol správního orgánu záleží často v intenci zákona, aby pátral, uznal, rozhodl se a vyjádřil o stavu dotyčné záležitosti, třeba nejde o rozřešení sporu stran. Záležitosti toho druhu se vyřizují prostým ústním sdělením výsledku šetření, aneb opisem komisionálního protokolu, nebo výslechem účastníků na př. při schválení provozoven výrokem: živnost je přípustna ve veřejném ohledu. Mnohé předměty veřejné vnitřní správy jsou takové povahy, že se rozřešení vzniklých sporů stane toliko znaleckým posouzením i vyjasněním věci; v takovém případě se vyřkne a vydá potřebné „osvědčení“, úřední potvrzení o výsledku jednání; tak se sporům předejde.

Jiného rázu jest projednávání veřejnoprávních sporů stran dle zákonů daných na ochranu osobních práv a zájmů jednotlivcových jakož i celých skupin společnosti. Spory takové mohou vzniknouti jednak mezi jednotlivcem proti správním orgánům úřadu, když snad porušil právo svým rozhodnutím či opatřením, jednak mezi jednotlivci samotnými — skupinami — pro vzájemné porušení osobních práv a zájmů. Takovéto projednávání sporů je podrobeno určitým předpisům, jichž správní úřady pod následky nullity jednání, šetřiti mají, načež mají sporné strany zaručený nárok. Rozhodnutí těch sporů se vyřizuje ná-

lezem dle potřeby za určitých kautel. Bližší vyznačení pojmu volné vnitřní správy a veřejnoprávních sporů obsaženo jest v osnově min. nařízení pro jednací řád okresních hejtmanství a pravidla řízení, kterou vypracovala vídeňská komise pro reformu veřejné správy roku 1913, o níž bude pojednáno.

Pokusy některých německých theoretiků o systemisování aktů vrchnostenských správních úřadů, podnikané na základě různých method, neměly uspokojivého výsledku, neboť kritika pracuje dále. Každý čin působnosti správních orgánů má více méně povahu právnického posudku, rozhodování, ale připouští zároveň volné uvažování odborníka, znalce věci. Stálé změny a rozšiřování veřejných poměrů, potřeb životních i kulturních, působí na dosah a výklad zákona; i kritika podléhá těm změnám.

Citovaný zákon o správním soudnictví u úřadů okresních a župních nevymezuje blíže kompetenci, totiž poměr k úřadům správním, což má býti provedeno zvláštním zákonem; příslušnost jurisdikčních senátů stanoví se toliko v § 34. takto: „Okresní senáty jsou povolány rozhodovati právní věci, jež podle platných předpisů náležejí do působnosti oněch úřadů okresních, u nichž jsou okresní správy zřízeny. Župní senáty jsou povolány rozhodovati právní věci, jež podle platných předpisů náležejí do působnosti oněch úřadů župních, u nichž jsou župní senáty zřízeny.“

Okresní úřady vykonávají pak dle § 4. zákona o okr. a žup. úřadech ve svém obvodu vnitřní — politickou — správu, jež podle předpisů dosud platných příslušela v Čechách okresním hejtmanstvím a zastupitelským okresům, na Moravě a v Slezsku okresním hejtmanstvím a silničním okresům, anebo tímto zákonem nebo zvláštními zákony byla nebo bude okresním úřadům v čsl. republice přikázána. Župní úřady vykonávají (§ 5.) zase ve svém obvodu vnitřní správu, pokud podle ustanovení dosud platných příslušela zemským politickým správám (místodržitelství), zemským sněmům a zemským výborům, anebo která tímto zákonem nebo zvláštními zákony byla nebo bude župním úřadům přikázána.

Pro určení pojmu „právních věcí“ a „stran“ o nichž dává § 35. a 36. výklad ve smyslu tohoto zákona, jakož i pro vyznačení kompetence účastenství občanského živlu ve správě jurisdikce okresních a župních úřadů — výborů a senátů, mohlo by býti dosti jasně použito přiměřeného ustanovení § 2.

zákona Nár. výboru čsl. ze dne 2. listopadu 1918 č. 3 sb. z. a n. o nejvyšším správním soudě. Nálezy rakouského správního soudního dvora i čsl. nejvyššího spr. soudu jsou spolehlivě a mnohostranně registrovány ve sbírkách, jichž lze snadno použíti k posouzení přípustnosti jurisdikční kompetence u navržených okresních a župních senátů. Znění příslušného vrchnostenského výroku, aktu, jako osvědčení, výměr či vyrozumění, rozhodnutí, nález a opatření obsahu positivního, jako nařízení, anebo negativního jako zákaz, nerozhoduje v příčině naříkání jeho platnosti, nýbrž pouze obsah a účel celého aktu.

Dle ustanovení odst. 2. § 2. citovaného zákona čsl. republiky ponechávají se v platnosti z § 3. rakouského zákona o správním soudu, jednajícího o vyloučení některých záležitostí z příslušnosti správního soudu-rakouského, toliko předpisy lit. a) a lit. f). V příčině kompetence bývalého rakouskéko říšského soudu, označené v lit. b) téhož § 3., se ustanovuje v odst. 4. § 2. cit. zákona čsl., že nejvyšší správní soud rozhoduje o stížnostech přikázaných dosud dle článku 3. lit. b) základního zákona státního ze dne 21. prosince 1867 č. 143 ř. z. soudu říšskému.

Podle toho zůstane, jako dosud, příslušnost státních i autonomních administrativních orgánů v platnosti; budou tudíž nadále rozhodovati o politických právech státních občanů, zaručených jim ústavou. Tato kompetence se má tudíž i novým okresním a župním úřadům — senátům, přiznati. Pod politickými právy se vyrozumívají všeobecná práva státních občanů, o nichž jedná hlava pátá ústavní listiny čsl. republiky.

Dále je podle znění odst. 2. § 2. cit. čsl. zákona také kompetence vyznačená v lit. e) § 3. rakouského zákona o správním soudu převzata do kompetence našeho nejvyššího správního soudu, totiž v oněch případech, v nichž a jak dalece jsou spravní úřady oprávněny postupovati dle volného uvažování. Důsledkem tohoto ustanovení dlužno trvati na zásadě, že jest jurisdikční správa též v záležitostech volného uvažování oprávněna rozhodovati a opatření činiti. Konečně je co do stanovení příslušnosti nejvyš. správního soudu v odst. 3. § 2. vysloveno, že se ustanovení § 48. rakouského zákona o správním soudu z r. 1875 zrušuje; § ten pak zní: Příslušnost správního soudu ve věcech policejně trestních bude upravena ve spojení se zákonodárstvím o trestní policii. Rakouské zákonodárství se však toho nedomohlo.

Policejní trestní právo tvoří tudíž důležitý kompleks správní justice i nejvyš. správního soudu; toto právo zasahuje bez mála do všech zákonů a nařízení příslušnosti politických i samosprávných úřadů prvé stolice. Není pochybnosti, že se budou jeho vykonáváním de lege ferenda muset zabývati justiční senáty u okresních a župních úřadů.

Nejzřetelněji se dá otázka příslušnosti správních úřadů v oboru jurisdikce vyjasniti probíráním obsahu některých agend prvé stolice; z takovéhoto rozboru lze též seznati potřebnou duševní schopnost orgánů působících ve veřejné správě. Takové agendy by asi byly:

a) Zákonodárství, upravující podmínky nabývání, pozbývání a užívání domovské i státní příslušnosti, jest velice spletité a rozsáhlé, pochází ze sedmi period. Spory o zjištění domovské příslušnosti nabývají tím větší důležitosti, čím větší jsou zájmy interesovaných obcí a jednotlivých osob i ústavů. S otázkou domovské i státní příslušnosti jednotlivce souvisí někdy podmínka životní existence jeho rodiny, nárok na hmotnou i osvětovou podporu obce, okresu i země; zaopatřování pro případ onemocnění, invalidity; tu jde o rozhodnutí předpokladu otázky chudinství. V dalším postupu řízení naskytá se nutnost rozluštění sporu o povinnosti náhrady léčebných a ošetřovacích nákladů nemocničním a ošetřovacím ústavům aneb obci pobytu příslušníka. Se stavem domovské i státní příslušnosti jest v úzkém spojení záležitost mravní policie, zachovalosti, o níž vede okresní pol. úřad evidenci. Beze zjištěné domovské příslušnosti nelze prováděti zákon o postrku a vypovězení veřejnosti nebezpečných osob. Z těchto i jiných podobných funkcí správních úřadů jest zřejmo, že se jich zdárně nemůže účastniti každý člen leckteré dělnické nebo jiné organisace — laik. Při těchto a jiných úkonech správní jurisdikce se neobejdeme bez znalosti příslušných zákonů. Pro schopnost laika v tom oboru se vyžaduje také zkušenost v životním povolání. Zajisté nestačí formální kladení otázky a odpověď na ni bez možnosti jejího odůvodnění. Podrobí-li se soudce-laik soudci znalému práva a záležitosti sporu, není jeho hlas: „ano“ nebo „ne“ nic platný pro ochranu sporných stran; to by byl indolentní votant. Zákonná kautela v soudnictví jest: sporné strany nevydávat neschopným soudcům. Demokratisace správy, zlaicisování správní justice nesmí

jít tak daleko, aby obecenstvo trpělo škodu; tak se osnuje a vyvolává absolutismus ulice!

b) Rozsáhlou působnost mají okresní správní úřady v záležitostech péče o pojišťování dělnictva a zřízenců v závodech; spravování okresních nemocenských pokladen, pojišťování pro případ úrazu, pensijní pojišťování soukromých zřízenců.

Tu se rozhoduje o příslušenství členů dělnictva do různých nemocenských pokladen a úrazové pojišťovny, o řádném přihlášení a odhlášení členů, o příspěvcích do pokladen, o sporech vzniklých z nároku na náhradu vzešlých výloh léčebných a ošetřovacích mezi závody, obcemi a nemocenskými pokladnami. Je na snadě, že se v této kompetenční sféře nalézá také trestní působnost příslušných úřadů a orgánů. Nelze přehlížeti, že se v tomto oboru správního soudnictví občanský živel povolání dělnického zdatně a prospěšně může zúčastniti, při čemž arciť rozhoduje znalost organisačních a životních poměrů, zkušenosti nabyté v zařízení a spravování příslušných organisací, především pak důvěra všech příslušníků, ne toliko jednotlivých dělnických tříd.

c) Docela jiného rázu jest činnost okresních úřadů v záležitostech náboženského kultu katolické církve. Tu je na prvním místě konkurenční řízení ku zjištění práv a povinností uhražení nákladu potřebného na stavbu, opravu a zachování kostelních i vedlejších budov, farních obytných i hospodářských stavení, příspěvků k zaopatřování kostelních i bohoslužebných potřeb, paramentů. Přispívající konkurenti liší se dle starých, ale dosud platných norem předem v tom směru, že má konkurenční povinnost místa u některých konkurentů teprve tehda, když není hlavní konkurent, koslel farní a mateřský, schopen ze svého výdajného jmění náklad uhraditi. Další rozdíl spočívá v tom, že jsou jiní konkurenti mimo kostel povoláni k úhradě nákladu určitého druhu, ne v celku. Nestačí-li důchody farního kostela, má náklad za řemeslnické práce a hmoty hraditi kostelní patron — majitel velkostatku; zbývající náklad na práce nádenické, podávačské a za dovoz stavebního materiálu se pak rozvrhne dle přímých daní předepsaných katolickým příslušníkům přifařených obcí, osad. Beneficiát jako uživatel hospodářských a obytných budov má sám hraditi náklad, pak-li kostelní jmění není výdajné.. Je zřejmo, že se takového řízení a rozhodování může účastniti znalec stavební, účetní a

pokladniční, kterým by náleželo přezkoumání rozpočtu nákladu. Za správné šetření zákonných norem musí ovšem v každém případě ručiti referent, státní úředník právník.[1])

d) U všech druhů živnostenských a průmyslových podniků musí okresní politický úřad vyvinovati velmi čilou činnost. Při těchto úkonech jedná úřad zhusta volně sám, jindy zase pomocí svých odborných znalců. Činnost tato obsahuje též rozhodování sporů účastníků přímých i nepřímých; vyřizování žádostí za udělení koncesovaných živností, zvláště živnosti hostinské a výčepnické vyžaduje mnoho šetření místních, rozhodování sporů o právech i zájmech veřejnoprávních i soukromoprávních různých účastníků. Pro schvalování živnostenských provozoven je předepsáno ediktní vyzývací řízení se všemi skutečnými i domnělými účastníky; často se má záležitost i po stránce stavební vyšetřit i vyřídit v dorozumění se stavebním úřadem. Nemenší důležitosti jest vyšetřování a rozhodování trestních případů živnostenského řádu; jde tu někdy o podmínky životní existence živnostníka, jemuž se může uložiti pokuta a odejmouti koncesní oprávnění, u vykonávání trestu omeziti i docela zakázati provozování živnosti, konfiskovat živnostní nářadí a uzavříti provozovnu. Úspěšné účastenství laiků při obstarávání správní jurisdikce v tom oboru lze očekávati od přibrání znalců odborníků v různých živnostech a podnicích, kteří nabyli znalosti a zkušenosti vlastním provozováním živnosti. Znalce — přísedící soudce — měla by vybírati živnostenská společenstva, po případě tovární podniky.

e) Nejobtížnější úkoly pro správního úředníka, právníka, technika i zdravotního znalce vyskytují se ve vodoprávním řízení, kdež se jedná o existenční podmínky lidského života, polního hospodářství, chovu dobytka, o zužitkování vodní síly k pohonu vodních strojů, pro dopravu zboží a jiné. Správním úřadům náleží především zjistiti okolnosti o právní povaze vodstva, o přípustnosti a míře užívání vody od soukromníka, majitele pozemku, o možnosti všeobecného užívání vody, o zřizování vodních děl, zařízení k bránění se škodlivým vodám, o úpravě vodních toků, o zakládání a správě vodních družstev. Ve vodoprávním řízení jsou otázky soukromého i veřejného práva často úzce spojeny. Zákon splnomocňuje politické úřady, by při luštění takových

[1]) V Samosprávném Obzoru z 1879 je toto konkurenční řízení dopodrobna probráno.

otázek užívaly vyvlastňovacího práva proti soukromoprávním účastníkům. Také trestnímu policejnímu právu jest odkázáno široké pole činnosti vyšetřovací a rozhodovací. Tu má místo t. zv. adhaesní řízení pro zjištění náhrady škod, způsobených svévolným jednáním pachatele na vodních dílech a vodotečích neb opomenutím výkonu nařízeného vodoprávním a bezpečnostním úřadem. Výběr občanských účastníků ve vodopravním řízení a rozhodování nebude lehký; obyčejný člověk bez odborné znalosti a zkušenosti v každém jednotlivém případě jednání nemohl by v této jurisdikci úspěšně působit. Správní úřady by se měly s povolanými organisacemi, zdravotními i stavebními znalci, s odborníky různých druhů průmyslu a rolnického stavu dohodnouti o přibrání schopného soudce-laika do senátu, kterému bude spor rozhodnouti.

f) Bylo již výše naznačeno, že správním úřadům prvé stolice přináležela i ve vojenských záležitostech rozhodovací kompetence, jako žádosti rodičů i příbuzných v příčině branců, majitelů zděděných hospodářství za přiznání úlevy při vykonávání branné vojenské presenční služby, rozhodnutí o sporech vzniklých z nároků na náhradu výloh za konanou vojenskou přípřež, škod způsobených na poli vojenským cvičením, vyměřování vojenské taksy, přiřknutí vyživovacích podpor příbuzným branců i dovolenců povolaných na vojenská cvičení. I trestní kompetence má pro nešetření branných předpisů často místa. Za občanské účastníky v těchto jurisdikčních senátech hodily by se nejspíše živlové, z kterých se armáda pravidelně doplňuje, totiž z kruhů dělnických, živnostních a polního hospodářství.

g) Obor zdravotních předpisů je velmi vyvinut, není zákona veřejné vnitřní správy, který by nebyl propleten zdravotními opatřeními. Nové zákony o ochraně lidského zdraví, o tlumení dobytčích nemocí — moru i nákaz — přikazují politickým úřadům a zdravotním orgánům rozsáhlou působnost. Provádění různých úkolů zdravotními zákony předepsaných zasahuje velmi citelně do soukromého majetku, ochrany domácnosti a rodiny. Ohrožení toho druhu se může díti opatřením desinfekčním, přesídlením nemocných lidí, prohlídkou příbytku. Zákon k zamezení dobytčího moru a utlumení dobytčí nákazy splnomocňuje úřední orgány omezením neb zákazem obchodování dobytkem, nuceným porážením dobytka, v kterémžto případě se poskytuje náhrada ze státní pokladny. V trestním řízení pro přestupky a přečiny toho zákona se jedná o značné

jmění provinilců. Schopnost účastníků šetření a rozhodování dle těch zákonů má býti zvláště kvalifikována a dle toho i spolučinnost odpovědna. Účast měli by míti zdravotní znalci pro chov dobytka, po případě i obchodníci dobytkem.

h) Správní okresní úřady jsou i v některých stavebních záležitostech kompetentní; přináleží jim dozorčí právo nad obecními stavebními úřady. Rozhodují v druhé stolici o usneseních obecních stavebních úřadů pro porušení stavebního řádu. Zákon pro ochranu polního majetku, proti polnímu pychu, ponechává příslušnost jednání okr. pol. úřadům pro případ podjatosti obecního představenstva jako trestního senátu; v případě stížnosti pro polní pych proti obecním orgánům — polním hlídačům. Těmto úřadům přísluší také rozhodování o stížnostech proti nálezům obecních představenstev a statutárních měst ve věcech ochrany polního majetku. Podobná ingerence patří okr. pol. úřadům i ohledně šetření ustanovení čeledního řádu. Okresní úřady rozhodují o všech stížnostech — rekursech — podaných proti trestním nálezům obecní rady, obecních trestních senátů, starosty a dvou obecních radních. Volba schopných účastníků z občanského živlu pro případné senáty okresní i župní bude zajisté obtížnou!

II. Co do organisace nižších státních správních úřadů, v nichž bude podle možnosti zastoupen živel občanský, jednak v okresních výborech, jednak pak v župních zastupitelstvech, aby bylo postaráno o nejvydatnější ochranu práv a zájmů občanstva (správní soudnictví), stanoví § 89. ústavní listiny, že se ústrojí těch úřadů určuje v zásadě zákonem; taktéž znějí §§ 58. a 93. zákona o zřízení župních a okresních úřadů. Nové tyto úřady budou úřady smíšenými, sestávajíce ze sborů volených, čestných, a z úředníků státních; státní správě má býti zabezpečen přiměřený vliv v zájmu jednotnosti a jednoduchosti celé veřejné správy. Všimneme-li si ustanovení zákona o správním soudnictví, neposkytuje nám této záruky organisace jurisdikčních senátů.

1. Okresní senát skládá se z okresního náčelníka a dvou přísedících laiků; okresní náčelník může ustanoviti svým zástupcem některého z úředníků okresního úřadu, jenž má provésti celé řízení. Přísedící mají toliko právo účastniti se ústního líčení a právo hlasovati při usneseních a rozhodnutích; pro každé místo přísedícího bude současně ustanoven i jeden náhradník.

Počet přísedících a náhradníků stanoví na jeden rok župan; okresní výbor je volí podle zásady poměrného zastoupení; volba — čestný úřad — nemůže býti odmítnuta. Župan může vysloviti, že správní soudnictví pro neúčastenství přísedících přechází na rok na předsedu senátu. Zvláštní kvalifikace se pro přísedící nežádá.

2. V městech s vlastním statutem a v městech municipálních jest povolán k výkonu správního soudnictví starosta města, je-li zkoušený právník, spolu s dvěma přísedícími. Potřebný počet přísedících a náhradníků volí městské zastupitelstvo v listopadu každého roku. I tu se nežádá nějaká kvalifikace. 3. Župní senát skládá se ze dvou úředníků a tří přísedících. Jako úředníci náležejí k senátu župan a jeden úředník konceptní neb odborný župního úřadu. Župan může pověřiti svým zastupováním vyššího konceptního úředníka. Župan určí každého roku, kolik míst přísedících a náhradníků třeba zřídit; volbu vykoná župní zastupitelstvo; volební řád byl vydán zvláštním zákonem. Úřad je čestný a může býti odmítnut; od zvoleného soudce se nepožaduje zvláštní schopnost, odborná znalost a pod. Podrobnější předpisy o ustanovení senátu a povolání přísedících vydá ministr vnitra nařízením.

Když je správní soudnictví přikázáno působnosti župních zastupitelstev a okresních výborů (§§ 58. a 93.), jest důsledným požadavkem, aby předsedové jurisdikčních senátů, totiž župani a okresní náčelníci, pokud se týče jich náměstkové, byli znalí veřejného práva, jakož i jich referenti, jinak se nedá očekávati tak náležitá a kýžená ochrana práv a zájmů občanstva. Odůvodnění požadavku toho plyne též z ustanovení § 93. ústavní listiny, kterým se veřejným zaměstnancům bez rozdílu ukládá, aby v úřadní své činnosti dbali ústavních a jiných zákonů; to musí platiti i o občanských členech správních úřadů. Nikdo se nemůže činiti odpovědným za jednání a opomenutí, která spáchal z nevědomosti, na kterých neměl žádného vlivu. § 7. zákona o žup. a okr. úřadech praví: Přednostové úřadů jsou za řádnou správu svých úřadův a ústavů jim podřízených odpovědni podle jednacího řádu, který vydá nařízením ministr vnitra v dohodě se zúčastněnými ministerstvy. Na důležitost úřední odpovědnosti ukazují také ustanovení §§ 20. a 26. jednacího řádu o právech a povinnostech

župního úřednictva při jednáních žup. zastupitelstva a výboru; podobně zní § 75. ohledně úřednictva okresních úřadů.

Zbývá po zevrubném označení kvalifikace předních funkcionářů zmíniti se o působnosti a schopnosti podřízených orgánů. Úřední jednání začínají přípravnými pracemi, které se mají řídit dle důležitosti sporného případu; sem patří důkladné šetření o podstatě sporu, vedlejších příčin, což se obyčejně děje na místě sporu za přibrání znalců a výslechem účastníků. Řídícímu komisionální šetření přináleží vypracování a odůvodnění návrhu vyřízení sporu. Takové práce mohou a mají samozřejmě prováděti znalci zákona, odborníci školení a dokonale vycvičení v praktickém výkladu zákonů a úředních předpisů. Nelze totiž očekávati, že by se přípravnými pracemi a přednáškou referátu mohli zabývati členové senátu povolaní z občanského živlu.

Zákon o žup. a okr. úřadech klade sám na několika místech váhu na to, aby orgány působící ve veřejné správě byly schopny k obstarávání funkcí, jakož i aby většina funkcionářů nepocházela z volených členů. §§ 49. a 88. mají ustanovení o zřízení finančních komisí v žup. zastupitelstvech a okresních výborech; do těchto komisí jest přibrati odborníky. Rozsah oprávnění a povinností laiků-čestných úředníků při obstarávání správní jurisdikce má býti upraven služebním řádem, dle kterého se má též posuzovati odpovědnost těchto funkcionářů.

Organisační činnost jest dle důvodové zprávy vládní vůbec problémem velice nesnadným a vyžaduje pečlivé pozornosti, nemá-li býti nevhodnou a neúčelnou organisací celý rozvoj podvázán nebo na velikou škodu občanstva znemožňován.

III. Po vylíčení zásad, které by mohly sloužiti k určení kompetenčního kruhu a organisačního zřízení nových smíšených sborů (senátů) u župních zastupitelstev a okresních výborů, dlužno konečně přihlédnouti k otázce o zásadách upravujících jednací řád a administrativní řízení pro jurisdikční senáty. § 43. zákona ze dne 9. března 1920 stanoví, že okresní a župní senáty vyřizují věci do jejich působnosti náležející ve zvláštním řízení správním, jež upravuje zákon. Vláda příslušný zákon, v němž zejména řízení byla věnována veliká část, připravila, ale pro krátkost času nebylo možno jej již celý projednati. Jak známo, působil nedostatek a zastaralost předpisů po té stránce moderním požadavkům vyhovujících, největší nesnáze reform-

nímu pokroku za rakouských vlád. První a nejdokonalejší krok v tom učinila vídeňská komise pro správní reformu, když vypracovala a r. 1913. tiskem uveřejnila osnovu ministerského nařízení o jednacím řádu pro okresní hejtmanství a pravidlech pro řízení u politických úřadů; této osnově byly přiloženy „Vysvětlivky“ referenta Schwartzenau-a. O řečeném jednacím řádu bylo uveřejněno ve „Správním Obzoru“, ročník VII., obšírné a jasné pojednání dr. Ant. Hassmanna, jehož úsudek je celkem přízniv a praktičnost jednacího řádu uznána. Úvahy k Schwartzenau-óvu návrhu „Pravidel správního řízení“ a „Vysvětlivkám“ podal univ. prof. dr. Hoetzel v „Správním Obzoru“, ročník VII. Zvláštní pojednání téhož autora jest obsaženo ve „Sborníku věd právních a státních“ z r. 1914. „Jest to úctyhodná práce, a její cenu stupňují vývody „Vysvětlivek“, v kterých vidíme brillantní ukázku odborné i stilistické vyspělosti jejího původce“, zní úsudek. Obou těchto prací může se použíti se zcela dobrým výsledkem pro úpravu jednacího řízení našich nových jurisdičkních senátů. V návrzích rozlišují se dvě skupiny právní činnosti volná — ryzí správa a nalézání práva v oboru ochrany veřejnoprávních práv a zájmů jednotlivce. Tyto pojmy jsou v osnově přesně odděleny a zvláště vykládány. Jednotlivé funkce a výsledky úředního šetření, přípustnost opravných prostředků a jiné důležité otázky administrativního řízení jsou znalecky dokonale probrány. Zvláštní péče jest věnována úředníkům „odborníkům“ a znalcům ve vnitřní správě; ponechává se jim velká samostatnost ve vyřizování vlastních spisů a návrhů, jsou rovnocenni s právníky a odkázáni na vzájemnou práci i podporu, korreferenty. Celkem se však v těchto osnovách zachovává byrokratický — osobní — princip řízení, buď v osobě chefa okr. úřadu anebo jeho náměstka; oba mají právnickou kvalifikaci. Aby se pro řízení a rozhodování v ponavržených jurisdikčních senátech zjednal potřebný soulad mezi státními úředníky, úředními odborníky a volenými členy — laiky — bude nutno pozměniti a doplniti ona ustanovení zmíněných návrhů, kterými se má upraviti organisace a úřední jednání — nalézání práva — v kolegiálních smíšených senátech. Řízení ono by ani nepodléhalo větším změnám z příčin instančních. Kolegiální zřízení záleží v tom, že k vykonávání úředních záležitostí existuje množství úředních osob, jichž rozhodnutí, usnesené předepsaným způsobem, tvoří jednotnou vůli

úřadu. Všechny práce řízení nedají se kolegiálně prováděti; zvláště ve vyšších instancích má byrokratické řízení často místa; předsedati a řízení vésti může toliko jedna osoba, z čeho se odůvodňuje podřízenost účinkujících orgánů. Důležitá je otázka, zdali a jakým způsobem se mohou laici účastniti předběžného a vyšetřovacího řízení. Pokud jde o ústní řízení se stranami u úřadů, nelze o účasti pochybovati, naopak, jeví se býti nutnou. Pro úplnost řízení a náležitou informovanost nemohou se čestní členové senátů vyloučiti ze styku s odbornými orgány pol. úřadu, svědky a znalci, z posuzování směrodatných momentů skutkové povahy ve věcech trestních; také nahlédnutí do úředních spisů má býti volné. Nález o sporu jest společný akt všech členů senátu, taktéž však i jeho odůvodnění. Členové nesouhlasící s návrhem nálezu, podaným referentem, jsou důsledně své odpovědnosti povinni své odchylné náhledy odůvodniti a protokolovati. § 4. zákona o správním soudnictví ustanovuje, že přísedící mají toliko právo účastniti se ústního líčení a právo hlasovati při usneseních a rozhodnutích, ať jsou činěna v ústním líčení, po ústním líčení, či bez něho.

IV. Nemůže asi přesahovati rámec našeho úkolu, jestiže k jeho odůvodnění úspěšné proveditelnosti uvedeme výsledek porad, návrhů a usnesení vídeňské komise pro správní reformu, v letech 1911—14 uveřejněných, o účastenství občanského živlu — laiků — při správní jurisdikci.

V anketě, která měla přípravné práce pro tu komisi, byla též vedena rozprava o správním soudnictví; o podstatě nebyl získán celkový jasný úsudek. Někteří experti se vyslovili proti možnosti vykonávání funkcí ve správní justici dosavadními orgány pol. úřadů; žádali, aby komisionální šetření a rozhodování dle vodního zákona a živnostenského řádu bylo svěřeno řádným soudům, aby do organisace správní jurisdikce byla povolána alespoň polovice funkcionářů ze stavu řádných soudců. Tvrdilo se, že je jen soudcovská nezávislost ochranou obecenstva; jakou zárukou pro tuto ochranu může býti úsudek laika, jenž svůj názor nemůže a také nemusí odůvodniti? Proti působení laiků bylo poukazováno na nedostatečně upravené administrativní řízení.[2])

[2]) Podrobnější propracování viz v článku: Zdokonalení správní jurisdikce u politických úřadů působením komise pro sp. reformu v „Správním Obzoru", r. VI.

V jednotlivých výborech a v plenárních schůzích komise konaly se však živé debaty i porady o organisaci správního soudnictví. spojeného s účastenstvím laického elementu. Vídeňský univ. prof. dr. Bernatzik vypracoval návrh zákona o zavedení správní jurisdikce o 425 paragrafech, který předložil výborům komise s obšírným odůvodněním a „Přehledem o důležitých zařízeních v cizině na poli správní jurisdikce“, jejž sestavil univ. prof. dr. v. Laun. Bernatzik nenavrhuje „soudnictví“ ve správě; dle jeho návrhu tvoří správní jurisdikci toliko zvláštní řízení pro ni platné a sice kolegiální, kde by v ústním řízení účinkoval odpovědný státní úředník a čestný, neodpovědný laik, přísedící volený na jeden rok, t. zv. Zweimännerkollegium. Pro toto řízení jsou navrženy prazvláštní zásady, kterých nelze uskutečniti, a proto také celý návrh ve výborech i v plenární schůzi propadl. V kolegiu „dvou mužů“ má míti každý stejné votum v rozhodování, jeden má právo veta proti druhému, bez souhlasu obou nelze platně rozhodovati, v kterémžto případě se záležitost „devolvuje“ na vyšší instanci, po případě i na třetí, poslední. Zvláštností toho procesu je dále zavedení t. zv. „evokačního“ práva vyšší instance, dle kterého může tato celé skupiny záležitostí vnitřní správy i jednotlivé sporné případy z příslušnosti nižší stolice převésti do kompetence instance vyšší z ohledů na zachování tvrzené odpovědnosti ministra vnitra. U třetí instance ministerstev by kolegium dvou mužů již nepůsobilo, nýbrž komise znalců, poradních členů. Kompetence toho kolegia měla by místa pro případy porušení subjektivních práv i zájmů veřejnoprávních; také rozhodnutí a opatření vydaná politickými úřady dle zásady volného uvažování by podléhala rozhodování dvou mužů. Přísedící kolegia a náhradníci mají býti voleni občanstvem na základě voličské listiny, sestavené okresním hejtmanem a potvrzené místodržitelem; zvláštní kvalifikace se u laika nežádá; volba se musí přijmout, byl by to nucený čestný úřad bez náhrady. Přísedící u II. stolice se měli voliti po ternovém návrhu místodržitele od zemského výboru; úřad ten nebyl by nucený, člen by bral náhrádu.[3]) V celém elaborátu prof. dra. Bernatzika, založeném na důkladné znalosti zákonodárství, najdeme mnohé, vědecky promyšlené zásady procesu, z kterých lze — přes příliš theoretické ideje —

[3]) O předmětu tom bylo v „Oesterr. Zeitschrift für Verwaltung“ v letech 1916 a 1917 uveřejněno delší pojednání.

úspěšně čerpati bohatý materiál pro praktickou úpravu administrativního řízení.

Hrabě Schönborn navrhoval zřízení okresních a zemských správních soudů, složených ze soudních a politických úředníků; předsednictví u okresních správních soudů měli míti presidenti krajských soudů; laicky element byl vyloučen. Navrhovatel odvolal však svůj projekt.

Jeden z nejpilnějších seriosních členů reformní komise byl bývalý ministr vnitra, baron Haerdtl. Vypracoval „Základní pravidla reformy pro organisaci vnitřní správy, státní i autonomní, se zřetelem na správní soudnictví". Ve „Vysvětlivkách" uvádí případy, ve kterých mnohé zúčastněné strany nenalézají dosud dostatečné ochrany proti nezákonným aktům správních úřadů. Sem patří policejní trestní právo, spory obcí s osadami o majetkové věci, o užívacím právu obecního statku, o národnostních sporech menšin. Navrhl pro rozhodování těchto sporů a pro porušení individuálních práv povahy veřejnoprávní zřízení zemských správních soudů prvé stolice pro jednotlivé korunní země anebo skupiny území. Organisace měla býti taková, že by se rozhodovalo v senátech o třech členech, jeden člen měl míti zkoušku z občanského, dva ostatní ze správního práva; laikové nejsou připuštěni. Druhou instancí by byl správní soudní dvůr. Politická správa měla býti řízena okresními hejtmanstvími a místodržitelstvím dosavadním způsobem. Když pak byl návrh téhož referenta pro zřízení krajských zastupitelstev a úřadů u komise zamítnut, odvolal Haerdtl tento projekt, modifikoval jej na organisaci policejního trestního práva v tom smyslu, aby trestní nálezy u politických úřadů vydávali jen práva znalí a zkoušení úředníci; u místodržitelství se měly ustaviti tři stálé senáty pro trestní agendu, by tyto záležitosti nebyly tak bagatelně projednávány, jako se to děje dosud.

Komise modifikovaný návrh jednomyslně přijala. Usnesení to, jako i jiná usnesení měl I. a IV. výbor komise formulovat a redigovat, k čemuž však nedošlo pro nedostatečný počet přítomných členů. Vypuknutím světové války a pro následky válkou nastalých změn v státním ústrojí monarchie zůstaly bohaté, vědeckými methodami provedené práce reformní komise bez přímého positivního výsledku. Pro znalce věci, theoretiky a prak-

tiky, činné ve veřejné správě, mají všechny návrhy, zprávy a protokoly této komise stálou cenu.

V. Zlaicisování naší vnitřní správy, státní i autonomní, dalo v novější době také domácím spisovatelům podnět k obšírnému bádání. Pro důležitost objektivního posouzení a úspěšného použití příslušných úsudků o institucích kodifikací zamýšlených zaznamenáváme tyto: Univ prof. dr. Hoetzl se vyjádřuje v posudku o otázce „Autonomie zemí“, uveřejněném ve „Sborníku věd právních a státních“ z r. 1916—17 takto: „Není pochyby, že spolupůsobení čestných a byrokratických živlů v témže úřadě může o sobě znamenati mnoho dobrého, ale nemusí. Všecko záleží na výchově a smýšlení lidu, na jakosti živlů laických a byrokratických. Který systém se lépe hodí na naše poměry, nedá se určiti a priori, nýbrž jen empiricky. Máme podobné smíšené úřady: zemské a okresní školní rady, odhadní komise daňové. Jest uznávaným úsudkem, že se tyto organisace neosvědčily.“ Ze stati dra. K. Laštovky, odb. rady minist vnitra, „Reforma správy politické“ (Správní Obzor ročník XI.) vyjímáme pro náš předmět poznámku: Otázka účastenství živlu laického ve vnitřní správě vyžaduje zvláštní pozornosti; jde o to, aby živlu laickému bylo poskytnuto co nejrozsáhlejší rozhodování, ale ovšem tak, aby tím celostátní zájmy netrpěly. Součinnost občanstva ve veřejné správě bude záležeti ve spolurozhodování v případech, kdy strana naproti úřadu domáhá se nějakých práv, nebo uplatňuje ochranu svých práv a zájmů; jde tu o myšlenku správního soudnictví. Ale ovšem, veřejná správa, má-li býti řádně obstarávána, potřebuje zdatného úřednictva, jež by, jsouc výborně odborně připraveno, věnovalo se povinnostem svým s chutí a plnou oddaností: bez něho sebe větší vliv laických elementů nebude míti plného úspěchu.“

Dr. K. Šťastný klade v pojednání „Několik slov k reformě správy“ v Správním Obzoru ročník XI. váhu na to, že „bude nutno, aby praktici ve veřejné správě byli vybíráni pro svůj obor z osob ve svém oboru skutečně zkušených. Nelze tvrditi, že by všichni občané representovaní svými volenými důvěrníky (v obecních komisích) stejným právem rozhodovali v trestních senátech jako v záležitostech zdravotních, stavebních, školských, neboť k rozhodování o těchto látkách jest třeba a možno uplatniti v prvé řadě zvláštní odborné vědomosti. Jest skvrnou řádné

správy, když činnost soudcovská svěřena jest rukám laickým a zaujatým". K těmto varovným hlasům pojí se také apel k politickým úředníkům ve Správním Obzoru roč. XI. „Dnes mluví se o t. zv. odbyrokratisování a myslí se při tom na to, aby na místě zapracovaných úředníků, kteří po léta sbírali zkušenosti. . . vstoupili laici! Nutno bezpodmínečně trvati na tom, aby ve správních úřadech (zejména politických) byli pouze lidé skutečně schopní a vědomí své povinnosti a odpovědnosti, tím větší, čím více lidí neschopných, domýšlivých a prázdných, lidí s malým nebo žádným rozhledem vedralo se do ústředních úřadů".

Uskutečněním spolupůsobení laiků ve správě jurisdikce okresních a župních úřadů — senátů, bude na správního úředníka z povolání — právníka i odborníka, uvaleno nové velké břemeno ve studiích i pracích. Bude jim uplatňovati vliv v řízení jednání o sporu a o rozhodování vůči laikům; i vůdcové snahy demokratisace — zlaicizování veřejné vnitřní správy musí si býti vědomi toho, že účastenství to, zvláště v obstarávání správního soudnictví, bude vyžadovati duševní vyspělosti, obětavosti, času i práce občanského živlu. Pomine-li nebo ochabne taková snaživost a bedlivost, pak je práce marná a celé zařízení bezúčelné. Kontrola vyšších správních úřadů a soudů nemohla by nedbalost a slabost orgánů překonati, když jest z jejího vlivu vyjmuta.

V rakouské republice ozývají se proti zamýšlené reformě vnitřní správy spolky politických úředníků, jelikož má býti úředník z povolání toliko pomocníkem laika, jenž by chtěl říditi a rozhodovati; úkol odůvodnění rozhodnutí a vyřízení sporu připadl by pak úředníku. O jistotu správného a věcného obstarávání úkolů navržených smíšených úřadů — senátů okresních a župních, má býti postaráno neomylným regulativem: Zákonným zajištěním obsahu práv a povinností, totiž odpovědností správních orgánů i státu za škody způsobené liknavostí a neschopností jeho orgánů.

Snahy o demokratisaci veřejné vnitřní správy hospodářské a kulturní jsou chvalitebné, pokud se má správa zdokonaliti, urychliti a zlevniti spolupůsobením občanského živlu; všechny zkušenosti nynější doby učí nás bohužel o pravém opaku toho cíle. Škoda jen, že se o zákonném návrhu tom v poslanecké sněmovně nevedla žádná debata, takže vlastně neznáme náhledy po-

volaných zástupců lidu a širší veřejnosti o posuzovaných jednotlivých ustanoveních zákona.

Agitace, řízené proti úřednictvu z povolání jako byrokratickému, lidu nepřátelskému orgánu, postrádají podstatného odůvodnění. Bureau je kancelář, dílna s pracovním řádem; za nezdar prací v těchto dílnách odpovědno jest především zřízení, nikoli však jednotlivý pracovník. Všichni jsme z lidu pro jeho moc a zdar, avšak vždy vzájemným přičiněním, upraveným danými poměry a nabytými zkušenostmi.

E. Chalupný:

Právní filosofie V. S. Solovjeva.

Do života největšího soustavného myslitele ruského Vladimíra S. Solovjeva (1853—1900) právní problém zasáhl způsobem nejrozhodnějším: svým odporem proti trestu smrti, jejž nebál se veřejně projevit vůči samému carovi, když po zavraždění Alexandra II. prohlásil, že jeho nástupce nemá práva k popravě vrahů jeho, připravil se o skvělou karieru a odhodlaně se dal na dráhu samostatného myšlení, proskribovaného oficiální vědou i církví. Po vydání jeho ethického veledíla „Opravdanije dobra" B. N. Čičerin, vynikající právník, jejž Solovjev sám uznával za „nejvšestrannějšího současného učence v Rusku a snad i v celé Evropě", napsal, že Solovjev je pro ruskou vědu — ztracen. Odsudky takové nemohly arci zabránit, aby genius nejznamenitějšího moderního ethika posléze nepronikl k uznání doma i za hranicemi. Je na čase, aby i národ český důkladněji si povšimnul jeho díla, z něhož dosud je do češtiny přeložen (r. 1917 Annou Teskovou) pouze kusý výňatek „Duchovních základů života", a o němž čeští historikové filosofie nevědí a nepíšou ani tolik, jako o nejobskurnějších filosofech německých.

Že v oboru práva závislost naše na literatuře německé jest ještě tužší a tísnivější nežli v oborech jiných, je pochopitelno, když za Rakouska české právo téměř zmizelo z denních pořádků, a když i nejcennější práce velmistra českého práva vyšly jen v jazyce německém. Je konečně třeba, abychom se z otroctví toho vymanili, abychom v československém státě k českému právu

připojili i ryze české myšlení právní. Že k tomu nejvhodnější průpravou je studium myslitelů slovanských, je samozřejmo. A Solovjev, ač v jeho díle právní otázky theoretické mají toliko význam podružný, přece hodí se zvláště dobře za takovou průpravu jednak pro velikost, hloubku a jasnost myšlení svého vůbec, jednak pro smělé své spojení právní theorie s praxí v případě shora uvedeném, jednak i pro to, že opíraje se o filosofii Kantovu a dotýkaje se i jiných nauk německých, snadno se přimyká k dosavadním pěstitelům právní filosofie v literatuře české, kteří (až na jedinou, oficielně neuznanou výjimku projevů Masarykových) jsou veskrz epigony ideí německých.

Právní nauka Solovjevova obsažena jest dílem v jeho systému ethicky „Opravdanije dobra. Nravstvenna filosofija", dílem v studii „Pravo i nravstvennosť. Očerki iz prikladnoj etiky" z r. 1897, těsně se přimykající k dílu předešlému, dílem v drobnějších statích polemických, jež s oběma pracemi právě uvedenými souborně v VIII. svazku sebraných spisů jeho (Sobranije sočiněnij). V úvaze této cituji prostě stránky tohoto svazku dle jeho 2. vydání z r. 1913. Za podnět i laskavé přispění k této práci jsem povinen díky Otakaru Březinovi, stejně velikému básníku jako slavofilu českému.

I. Právo vůbec.

Rozbor pojmu práva Solovjev započíná úvahou o původu práva, v níž celkem se drží obvyklých názorů. Dle nich právo vzniklo v dějinách lidstva zároveň s jinými výtvory společenského života, jako řeč, náboženství a umění. „Všecky ty formy, v nichžto žije a působí duše lidstva, jeví se předně jako bezprostřední výraz instinktivního rodového rozumu, působícího v národních massách; rozumu individua jeví se dány, ne jím dobyty neb vymyšleny". To je ostatně jen zvláštní případ obecného fakta, jevícího se i u včel atd.

Jestli již společenská zvířata mají „formy spolužití", jichž porušení (krajně zřídka spáchané) vynucuje reakci, samozřejmě lidská společnost již od počátku měla právní formy objektivně určité. (Sobranije Sočiněnij VIII. str. 523.) Na tomto výkladě zajímavá jest jen shoda s Durkheimovým pojetím jevů společenských; Solovjev totiž v době, kdy psal tuto úvahu, sotva

asi znal formulaci Durkheimovu, nedávno před tím v jeho methodologii uveřejněnou, i dospěl ke stejnému názoru samostatně.

Dle Solovjeva trestní právo, jako přímá činnost rodového ducha, je právo obyčejové, v němž princip spravedlnosti působí ne jako motiv theoreticky vědomý, nýbrž jako přímý praktický podnět ve formě symbolů (VIII. 526). Zde tedy Solovjev podobně jako K. Menger vedle theorie organického vzniku práva přijímá i theorii smluvní. Tvrdí: Osoby vyšedší z prvotní solidarity rodové, osamostatnivší se, nutně vcházejí ve vnější vztahy mezi sebou — smlouvy. Theorie smluvní na rozdíl od organické považuje právo za výsledek účelné, vědomé dohody.

Účelem smlouvy je prospěch — theorie smluvní je utilitární. Ježto prospěch či zájem všech není týž, považuje se za cíl státu prospěch většiny. Ale zvláštní zájmy nejsou totožné ani se zájmy většiny, jeť jich mnoho. Právní stát může chránit jen ty, které neruší zájmů druhých — cílem státu není zájem sám, nýbrž omezení zájmů, umožňující jejich současné bytí tedy rovnost či spravedlnost. Za požadavek normální vlády uznána jest nestrannost a ta je totožna se spravedlností (527).

Tak Solovjev dochází k první své formulaci práva, při níž právo těsně spojuje se státem, a zřejmě má tu na mysli jen právo zákonné, nikoliv obyčejové: „Právo je tedy určení ryze záporné“ — neuskutečňuje zájem, nýbrž jen zakazuje překročit hranice jemu dané. Stát nemůže uskutečnit obecný prospěch dle subjektivních požadavků, t. j. fakticky, ale právně, t. j. v mezích obecného práva plynoucího z relativní či negativní rovnosti všech, t. j. ze spravedlnosti. Poddaní žádají od vlády spravedlnost: neminem laede, tudíž „právo neurčuje se prospěchem, ale obsahuje i formální účel mravní.“

Nepřibližujíce prozatím ke zmínce o mravnosti, shledáváme, že Solovjevovi právo jest výsledkem součinnosti obou principů: vývoje: organického (historického) a individuálně svobodného spolčení mechanického (neboli: elementárního tvoření národního ducha a svobodné vůle jednotlivců). Prvý princip jest aristokraticky tradiční, druhý revolučně demokratický.

K tomuto dualismu vzniku práva Solovjev připojuje dualism podstaty práva. Vedle rovnosti, o které již výslovněji

mluvil, staví svobodu. Je-li rovnost určením záporným, zákazem překročovat určité hranice, je svoboda určením kladným, samobytností v Kantovském smyslu, t. j. určením, že osobnost lidská jest účelem, nikoli prostředkem k čemukoli. Tato svoboda pak není liberum arbitrium indifferentiae, ale „úplná určitost a zvláštnost každé bytosti jevící se ve všech jejích činech". Obmezuji-li svobodu svou tím, že druhým přiznávám stejnou, měním svobodu svou v právo druhého a rovné právo všech. I dochází Solovjev k druhé formulaci práva: „Právo je svoboda, podmíněná rovností" (531), což na jiném místě (492) přesněji vyjadřuje slovy, že právní princip je svobodou v mezích rovnosti. Praví dále, že svoboda je principem individuálním, rovnost principem sociálním a právo že tedy jest jejich synthesou (528). Obě dvě pak Solovjev redukuje, jak již shora (528) naznačil, na spravedlnost: svoboda jest podmíněna rovností, rovnost spravedlností (492). Tím Solovjev opět zabočuje do mravnosti, an definuje spravedlnost „jako rovnoměrně použitý soucit" (493).

Jaký jest logický poměr svobody a rovnosti?

Svoboda je substrát, rovnost forma práva. Odejměme tu či onu a právo zmizí. „Před zákonem jsou všichni rovni, bez toho není zákonem." A bez svobody není práva, nýbrž násilí (532/3).

Že touto formulací přešinuje se z theoretického výkladu k praktickému reformátorství, Solovjev si netají. Dí výslovně: Rovnost není fakt skutečný, neboť lidé jsou rozliční, ale je to ustanovení rozumu, obírajícího se tím, v čem všichni jsou rovni — osobností a svobodou. Rozum jest určující princip práva (533). Svou thesi svobody a rovnosti považuje za princip práva přirozeného, proti jehož směšování s historickou skutečností se ohražuje: Přirozené právo jest logicky nutností rozumu, nikoli faktem historickým; je to algebraická formule, do které historie dosazuje skutečné veličiny práva positivního (532).

II. Právo a mravnost.

Jak již z předchozího rozboru práva vidno, Solovjev je ethikem i v právní theorii a přešinuje se i tam v obor mravnosti. To se srovnává s jeho stanoviskem, že „mezi právem a mravností je podstatná vnitřní spojitost", že obé jest „nerozlučno ve svém pokroku i úpadku" (521). Solovjev hned v úvodě své studie

„Právo a mravnost“ odmítl jak protiprávnický moralism Tolstého, tak absolutně právnické nazírání Čičerinovo. Shledáme ovšem, že na konec přece jen se blíží Tolstému, jehož připomíná i skvělými logickými antithesami.

Názor o vnitřní spojitosti práva a mravnosti nezastírá Solovjevovi jejich rozdílnost; sám na příklad jednou se vyslovil o zákonech, které stanoví úctu k rodičům, že takový zákon je zákonem zdánlivým, že je to zbytek prastaré smíšenosti pojmů mravních a právních (419). Zajímavo, kterak proplouvá mezi touto Skyllou a Charybdou.

Vychází od formálního výsledku předchozích úvah o rovnosti jako principu práva a pokračuje: Ne každé omezení, byť-i rovné, je právo. Nejde o pouhou rovnost, ale i jakost omezení. „Pravý zákon“ vyhovuj nejen formě spravedlnosti, ale i její reálné podstatě. Spravedliv a práv není dlužník, jenž všem věřitelům stejně neplatí, nýbrž ten, jenž všem věřitelům stejně platí. A ovšem dle Solovjeva „spravedlnost je pojem mravního řádu“ (535).

Zde již Solovjev výslovně definuje právo jako určitý obor, mravností přímo podmíněný, ne-li přímo jako odrůdu mravnosti; i jinde (398) praví, že většinou lze právem i spravedlností rozuměti totéž, a sám výslovně považuje spravedlnost za pojem mravního řádu. „Nejvyšší a rozhodné měřítko pro právo a bezpráví je mravnost“ (494). Na tom prý ničeho nemění možnost kollise mezi právem vnitřním a vnějším, jsouť též uvnitř mravnosti kollise. Ani poukaz na vývoj mravnosti a její měnivost nevyvrací tohoto vztahu. Protože však jiní myslitelé oddělují mravnost a právo ostřeji, Solovjev některé názory toho druhu potírá.

Předně namítá: Rozdíl práva a mravnosti nelze shledati v negativnosti práva (neminem laede) a v positivnosti mravnosti (omnes iuva), neboť i právo někdy přikazuje a mravnost zapovídá (536).

Po této správné námitce S. formuluje problém slovy: „K stanovení dostatečného principu rozlišení práva a mravnosti nutno najíti v právu živel, který vůbec není spojen s mravností, který je docela prost ethického významu“ (536). Tím opravdu vystihl jádro otázky a všecky další úvahy jeho byly by se velice zjednodušily, kdyby dle tohoto pravidla se byl zachoval, empiricky probral jednotlivé právní obory a jevy, kde by nalezl ne

jeden, ale spoustu právních jevů mravně indifferentních. Tohoto jedině správného postupu však nechopili se dosud ani právníci, zabývající se právní filosofií; tím méně lze se pozastavovati nad tím, že se ho nepřidržel ethik, filosof, mystik a theolog, jemuž konkretní oblast práva byla přece jen vzdálena.

Solovjev tótiž, místo aby sám probíral jevy právní, omezuje se na kritiku theorií právnických, zejména Iheringovy theorie, jež předmětem práva činí zájem a právo považuje za ochranu zájmů. Solovjev namítá: „Není tu skryta tautologie? Chrání-li kdo svůj zájem podvodným úpadkem, neuznáme toho za pravou podstatu právního principu, — je tu jen zájem „pravoměrnyj" t. j. chráněný zákonitou vládou. Z toho vyplývá, že právo je zájem chráněný právem — tautologie. A definice: „Právo je norma zájmů, podrobených veřejné ochraně" — otázky neřeší. Právo nechrání každý zájem. Sedět doma a duševně pracovat — není chráněno; ale dobývat se do zamčených dveří násilně je zakázáno. Nač jsem si zamkl, zdali pro práci či pro pitku, zákon nerozeznává, také nedovoluje lámat zámek tomu, kdo se dožaduje mé pomoci. Ba právo zakazuje i chránit můj zájem proti mé vůli, na př. přátelé nesmí mne zamknout, aby mne chránili před rušiteli. Příčina je prostá: kdo sedí doma, neškodí nikomu; kdo láme zámek, dopouští se násilí. T. j. „zákon dovoluje nemravnost passivní a zakazuje nemravnost aktivní" (aktivní a passivní jevy arci nejsou přesně odlišeny). Ale ani tohoto principu nelze provésti důsledně; neť i nečinnost někdy přestupkem (537/9).

Polemika tato je výstižnější než novější obdobná polemika Kelsenova proti Iheringovi (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre str. 572 sq.). Solovjev však činí z ní ukvapeně úsudek povšechný: že poměr práva a mravnosti je složitý, že nelze ho vyčerpat žádným jediným příznakem — a protože prý pokusy, konstruovat poměr ten dle rozdílů obojího živlu, jsou nezdárny (zatím z nich Solovjev probral jen dva pokusy, jiných pomíjeje), zbývá jen opačná cesta: zvolit za východisko úvahy na rozdíly, nýbrž shody, společné znaky práva a mravnosti (539); všecka určení práva, která je odlučují od mravnosti, nechápou prý jádra otázky (493).

Shodě obou živlů nasvědčuje dle Solovjeva předně srovnávací jazykozpyt (404, 540): prý ve všech řečech pro

pojmy práva a mravnosti jsou stejná slova (dolg, debitum, Schuld, devoir, duty; δίκη, δικαιοσύνη: ius a iustitia; Recht a Gerechtigkeit; right a righteousness; rusky: pravo a pravda, zakon, objazannosť; hebrejsky cedek a cedaká). Tu dle mínění S. nejde o nahodilou shodu slov, nýbrž o podstatnou stejnorodost pojmů; jsem-li povinen milovat nepřátele, mají tito právo na moji lásku.

Druhým důkazem a vlastním podkladem vnitřního vztahu práva a mravnosti je „nerozdílnost obou altruistických zásad": „Soucit předpokládá spravedlnost, tato vyžaduje soucit, obé tedy jsou jen rozdílné stránky či formy výrazu pro totéž, čili jsou to dva stupně altruismu: mezi nimi je skutečný rozdíl, ale ne protiva ani rozpor" (102).

Právo je tedy cosi jako nižší stupeň mravnosti. „Spravedlnost ve smyslu poslušnosti vůči zákonům není ještě ctností", neboť platí i zásady: summum ius summa iniuria; fiat iustitia, pereat mundus. Právní zákony jsou kalný pramen mravnosti, v němž její čistý proud je zastřen historickými vlivy dočasných sil a zájmů (126). Názor Solovjevův se zde již znatelně rýsuje: je to princip absolutní mravnosti ve smyslu Kantově, jenž empirickou skutečnost práva positivního cení za něco nižšího a při tom si nevšímá náležitě okolnosti, že nejen právo, nýbrž i mravnost se historicky vyvíjí a též je v každém věku zasažena předsudky a nedostatky.

I tuto tvrzenou povýšenost mravnosti Solovjev dokládá jazykově: Výraz „mravní právo", dle něho ukazuje, že neuznáváme zásadního rozporu mezi právem a mravností, ale že přec uznáváme i existenci práva v užším smyslu, mimo mravnost (540).

Vycházeje z tohoto stanoviska, Solovjev formuluje tyto tři rozdíly mravnosti a práva:

1. Ryze mravnostní požadavek je neomezený, kdežto právní příkaz jest omezený. Právo žádá elementární dobro, mravnost, zákon předpokládá je a staví cíl vyšší. Právo je minimum mravnosti, stejné pro všecky (541). „Ve vlastní podstatě absolutního principu mravního, jako příkazu dokonalosti ještě nedosažené, obsaženo jest již uznání relativního živlu v mravnosti, totiž nutných reálných podmínek k dosažení té dokonalosti. — Převaha této relativní stránky tvoří právní obor vztahů, převaha živlu absolutního tvoří vlastní obor

mravní (resumé v obsahu VII. kapitoly spisu „Opravdanije dobra").

2. Mravní příkaz nepředpisuje určité jednotlivé činy ani se jimi nevyčerpává (ač arci se jimi projevuje); právo však žádá určité činy neb opomenutí (ač arci předpokládá dotyčné vnitřní stavy). Spojíme-li tento znak s prvým, pak „cílem práva je zabezpečit uskutečnění určitého minimálního dobra, čili — což je totéž — skutečně odstranit dotyčný díl zla, kdežto zájem specificky mravní směřuje předně ne ke vnější realisaci dobra, nýbrž k jeho vnitřní existenci v srdci lidském". Právo není proto něčím nízkým; i neveliké dobro skutečné je lepší než neuskutečněná dokonalost (542). Solovjev má i přes vznešený svůj idealism dosti smyslu pro skutečné potřeby praktického života: praví, že jako právo odtržené od mravnosti nelišilo by se od libovůle, tak mravnost zapírající právo zůstala by pouhou nevinnou frází (404).

3. Třetím rozdílem práva a mravnosti je vynucení. Názor, že právo na rozdíl od mravnosti vyznačuje se vynutitelností, ovšem v době nejnovější setkává se s odporem stále neodolatelnějším. Ač jej shledáváme i v nejmodernějších dílech, na př. s jistým omezením i v Tilschově Občanském právu rakouském, přece nelze uniknout námitkám Bierlingovým, že domnělé vynucení práva (exekuce, trest) je vlastně jen surogátem anebo reakcí právní, nikoli vynucením samým, nehledě k řadě námitek ještě více na snadě jsoucích.

Solovjev, ač vynutitelnost z pojmu práva nevypouští, dává tomuto znaku v duchu Kantově[1]) duchaplnou formulaci zdánlivě nepatrně pozměněnou, ve skutečnosti velmi rozdílnou od běžného myšlení. Kdežto obvykle poměr práva a mravnosti bývá formulován slovy, že právo se dá, t. j. fakticky může vynutit, mravnost nikoli — Solovjev místo ryzího fakta klade postulát, vyvozený z podstaty mravního ideálu, tento postulát však podivuhodně jasně osvětluje jednu část problému: dle Solovjeva rozdíl práva od mravnosti netkví v tom, že právo vyžaduje vynucení, nýbrž, že je připouští: dle něho mravní dokonalost nepřipouští žádného nucení ani psychologického; vnější uskutečnění zákonného řádu dopouští přímé neb nepřímé vynucení, a pokud jde o cíl objektivního blaha, na

[1]) Viz zejména Kantovu Metaphysik der Sitten (Kant's Werke, vyd. E. Cassirer VII. díl 1916, str. 192).

př. veřejné bezpečnosti, právo i nutně potřebuje vynutitelnosti (542).

Takto Solovjev dospívá k *třetí své definci práva* spojením právě uvedených tří znaků: „*Právo je vynutitelný požadavek, uskutečnit určité minimální dobro či taký řád, jenž nedovoluje krajních projevů zla*“ (543).

Určením práva jakožto požadavku po minimálním dobru Solovjev nemíní právo snižovat. Dovozuje, že takové minimum je nutno proto, že pro život společenský nestačí vysoký mravní ideál jednotlivců, jenž vůči jiným osobám nepůsobí: ani nevzkřísí zabitého, ani vraha nenapraví. Je třeba altruistických činů, nejen ideálu, a je třeba chránit život mravně dokonalejších proti zločincům. „*Život společenský závisí ne na dokonalosti některých, nýbrž na bezpečnosti všech.* A nečestno bylo by vzkládati na Boha to, co dovede dobrá policie.“ Proto právní řád je „nutná podmínka mravního zdokonalování, byť i nebyl jeho přímým výrazem“ (546). „Právo nechce svět změnit v království Boží, ale zabránit, aby se nestal peklem“ (413).

Avšak ani dosavadním rozborem, nepovažuje Solovjev otázku za vyčerpanou. Ještě jednou se vrací k základnímu principu svobody a zkoumá jeho poměr k principu vynucení. Jak již dříve (532) dovozoval, spojuje se v právu svoboda, jako individuální princip, se sociálním principem rovnosti. Nyní pokračuje, zabývaje se otázkou, zdali vynucení je slučitelno se svobodou mravní: „Právo musí být vynutitelno, aby zájem obecný nezávisel na spravedlivosti osobní“ (546). „Kdyby věřitel nemohl splnění dluhu vynutit, nemohl by ani dluh odpustit. Vynutitelnost práva, zejména trestního, plyne už z altruismu (ochrany bližních); ostatně právo ponechává i při tom lidské vůli široký prostor i k špatnostem, pokud nepřekračují míru — neruší tedy svobodu. *V právu jde ne o zlou vůli ani o fakt sám, nýbrž o spojení obou* — o stupeň realisace zlovůle. Objektem práva není zlá vůle, ale zločinná vůle. Prvá směřuje proti subjektivnímu blahu jednotlivých osob a působí svobodně; druhá ruší objektivní formy společnosti i nutno působit proti ní v zájmu společnosti“ (412, 550).

Takto Solovjev, udržuje v pojmu práva donucení zevní, ale

výslovně jen jako jeden z několika podstatných znaků práva (417, 543) dospívá k poznání, že „v pojmu práva je bezpodmínečně obsažen objektivní moment“ čili požadavek uskutečňovat právo. Stupeň uskutečnění závisí na historických podmínkách; takto právo přirozené se stává právem positivním — viz shora (532) přirovnání přirozeného práva k algebraické formuli a definice práva po té stránce (čtvrtá Solovjevova) zní: „Právo jest historicky měnivé určení vynutitelné rovnováhy mezi dvěma mravními zájmy: formálně mravním zájmem osobní svobody a materiálně mravním zájmem obecného blaha.“ Osobnost má přímo zájem na své svobodě, společnost má přímo zájem na své bezpečnosti, stát má přímo zájem na své rovnováze. „Rovnováha jest abstraktní specifický charakter práva“. (411/2, 546/7).

Tím určuje se i poměr práva ke státu jako poměr dvou oborů souvztažných. Solovjevovi „stát je vtělením práva, objektivním zřízením právním“, neboť prý jen ve státě lze je dokonale rozvinout (404, 421, 495/6). Jak patrno, zde úsudek jde dále než důvod. Úsudkem tím, poněkud upřílišeným, Solovjev podpírá další své mínění, že stát jakožto vtělení práva jest „obsažen v mravní organisaci lidstva“ (495/6) neboli, jak praví jinde (404), stát a právo jsou podmínkou této mravní organisace.

Tím právo se zřejmě podřizuje mravnosti, a konečný soud Solovjevův zní: „Požadavky práva a mravnosti se úplně shodují“, a kdykoli tomu tak není, je právo vadné a potřebuje změny (417).

Zde je zásadní trhlina v Solovjevově právní theorii; zde již nemluví vědec (ani vědec ethik), nýbrž praktický moralista, jenž mravní ideál přednáší jako právní živel, účinný de lege ferenda. Solovjev sem dochází arci ne positivně chybným názorem, nýbrž pouze tím, že nevšímá si — nebo neuznává — oněch jevů právních, které jsou mravně indifferentní, ač jeho zmínky o veřejné bezpečnosti a pod. mohly jej na ně upozornit. Nevšímá si též okolnosti, že i zákon nemravný přece jen právně platí, ač věda musí i takovéto případy vyložit, byť jich nechválila. Tato jednostranná pozornost arci z části souvisí s tím, že Solovjev, jak hned předem upozornil, soustřeďuje hlavní svou pozornost na právo trestní, kde poměr práva a mravnosti jest nejpalčivější (522) a

proto si práva civilního, policejního atd. málo všímá. Trestnímu právu věnuje dokonce několik úvah speciálních.

III. Právo trestní.

V nauce o právu trestním Solovjev se vrací k povšechným úvahám o vzniku práva a státu. Vychází od názoru N. S. Tagance va, dle něhož zločin jest porušením právní normy, za nímž jde reakce. (Normy civilní jsou dle Solovjeva „v podstatě byť i ne v čase“ [narážka na Durkheimovu nauku o prioritě trestního práva?] přednější než normy trestní). Aby reakce ta byla právem, musí (na rozdíl od lynčování a pod.) určovati zločiny a tresty (552).

Vývoj trestního práva líčí Solovjev takto: v zemích jako na Černé Hoře, Korsice atd., „pojmy zločinu a trestu dosud se nevydělily z obecné představy urážky a nepřátelství a trest se stotožňuje mstou krevní čili rodovou. Ta stíhá zločiny mezi rody. Uvnitř rodu autorita hlavy stačí, aby individuální odboj potlačila; ostatně odboj takový vzniká vlastně teprve později, když individuality sesílí. Představitelé osobního heroismu učí lidi, aby stáli sami za sebe i bez ochrany rodu; kolem nich se kupí dav. To je přechod od zřízení rodového ke státnímu (554).

Stát nejprostěji vzniká činem osoby, přerostší rámec rodu a cítící úkol, dát bližním širší spolužití; osoba ta se odděluje od rodu, kupí kol sebe družinu, kolem níž zprvu dobrovolně, pak nuceně se shromáždí rody; ty později pozbudou samostatnosti. Tak tomu bylo na př. za Mohameda (555).

Vzrostem společnosti se přestávají lidé osobně znáti, není už jeden za všecky a naopak; vzniká rozlišení mezi zájmy osob a celku. Krevní msta bere se jednotlivcům a přechází na stát. Počíná rozlišení práva soukromého a veřejného (338), jež tedy se datuje právě od vzniku státu a provádí se z počátku takto: „Vzniká rozlišení práva veřejného a soukromého. Krádež i urážka se považují za soukromé, stát je nestíhá tak zle jako rod; trestá je jen peněžitě (středověký odklad), za to přečiny politické (padělání peněz a j.) trestá krvavě. Teprve časem i ochrana osoby roste, staví se na roveň ochraně zájmů politických (557). Další změnou bylo, že přímý trest, vyvolávající řadu odvět rodových,

se změnil v řadu procesních aktů, jichž závěr již mstu nevyvolává (558).

Nyní Solovjev přechází k znamenité úvaze o theoriích absolutní viny, odplaty a odstrašení:

Prvotní zločinec, praví, byl považován za nepřítele a trestán byl jen objektivní fakt; subjektivní stránky všímali si tak málo, že ještě ve středověku odsuzovali zvířata. Po tomto divokém období nastupuje barbarské. Zločin se rozkládá v složky a trestá se subjektivní zlá vůle, domněle svobodná a formálně absolutně odpovědná.

Toť ještě hledisko Kanta a Hegela.

Theorie absolutní viny a rovné odplaty vyrostla z dětinského názoru, jenž za úraz viní zvíře nebo neživou věc, o kterou se poranil. Ale věc ta právě jako zločincova vůle jest jen částečná příčina události samé. Absolutně svobodná vůle jako domnělý pramen činu odporuje zásadě dostatečného důvodu a je možna jen v mystických hlubinách ducha, ne v té povrchovosti, s níž pracuje trestní právo. Je-li vůle takovým bezednem, z něhož se rodí činy, pak nemá smyslu trestat za čin; vůle i potom zůstane svobodna.

Pojem absolutní viny je spojen se svědomím. To ovšem kárá nás za každou nehodnost; ale trestní právo vybírá z jeho výtek jen některé a tím už se stává relativním. Spojení absolutní vůle s relativním činem je záhadné, soud o něm přísluší jen Bohu.

Absolutní nauka učí, že zločin ruší právo, tedy trest právo obnovuje. Čí právo? Zabitého ne, — toho nevzkřísí. A jde-li o právo společnosti, musely by všecky tresty být stejny, neboť každý zločin ruší právo společnosti. Nutno uvésti specifický znak činu a trestu. Zápor záporu tu nevyhoví: trest není záporem, neboť záporem zlé vůle je náprava, pokání; a z dvou záporů vzniká klad násobením, kdežto trest jen následuje za činem, nenásobí ho.

Vnitřní nesmyslnost nauky o odvetě plyne z toho, že kromě popravy žádný trest nynějšího práva se činu nerovná. Kterak najíti trest „rovné za rovné“ při penězokazu atd.? Analogické tresty (na př. vyříznutí jazyka za drzou řeč) ukládají se jen v polodivokých poměrech. Dnešní vzdělanosti odporují. Dnes právo uznává rovnost jen v stupnici: za větší zločin větší trest. Ale tím se podstata trestu neřeší. Theorie absolutní odplaty je

zbytek divokosti. Zprvu zločin byl trestán mstou rodovou, pak státní. Ale proto státní odveta není ještě koncem vývoje. Theorie absolutní odplaty hledá oporu v theorii zastrašení (zvl. Anselm Feuerbach) ale zločiny z vášně nebo ze řemesla ukazují, že odstrašení nepůsobí. Sebevraždy svědčí, že lidé se ani smrti vždy nebojí. Ostatně odstrašení samo nevyžaduje zrovna těch trestů, které trvají posud. Odstrašovací theorie dělá zločince prostředkem pro lidi jiné (výstrahou), což se protiví absolutnímu principu mravnímu. Absolutní theorie ta vede i k nejkrutějším trestům a od zrušení mučidel sama nemá hlavního někdejšího důvodu, neboť tresty mírné neodstrašují (559–571).

Takto Solovjev, vyvraceje chybné důsledky Kantovy kriminalistiky správným principem Kantovy ethiky, dospívá k úvaze o trestu smrti.

Nejprve ukazuje historicky a statisticky, že trest smrti v 19. století ve všech evropských státech mizí, že i v theorii pozbývá opory a souhlasně s Tagancevem předpovídá jeho brzký zánik.

Neoprávněnost trestu smrti Solovjev dovozuje takto: Právo bylo původně spojeno s náboženstvím. Zákon XII. desk vždy končí „sacer esto“. Trest smrti byl obětí zločince bohům, neboť zločin byl rušením božího předpisu. Oběti byly: 1. Přírodní (prvorozenci lidí, dobytka i plodů), 2. sociální (cizinci, zajatci a zločinci). Bible zná: 1. zločin proti Bohu (Adam), 2. zločin proti člověku (Kain) a zná trojí období: 1. trest vyhražen je Bohu (Kaina Bůh chrání proti zabití), 2. trest smrti zaveden (Mojžíš) a 3. opět zrušen (proroci a evangelium: Má jest pomsta atd.). Nelze ho hájit ani poukazem na smrt Ježíšovu (jako de Maistre) — ta stala se jen jednou pro vždy (578).

Trest smrti je dle Solovjeva i neužitečný, což experimentálně dokázal fakt, že odstraňování trestu smrti nikde nevedlo ke vzrůstu zločinů. Novější doba se za ten trest stydí tak, že ho už ani nevykonává veřejně. Trest smrti je 1. nečestný — osobuje si boží vševědoucnost o domnělé absolutní ničemnosti odsouzencově; 2. je nelidský, neboť se životem lidským je svázán nekonečný úkol, a toho trest smrti zločince zbavuje. Trest smrti nemá ani omluvy vášně a pod. jako vražda obyčejná — je vraždou absolutní; 3. je hanebný, jak patrno z nečestnosti kata a jeho povolání. Ve válce a souboji je odvaha a risiko, ale v popravě jen zabíjení bezbranné osoby řemeslníkem. Trest smrti

pozbývá i povahy práva. Právo jest rovnováha (v. 547) mezi zájmem individuálním a sociálním. Popravou však individuální živel se zničí i není již rovnováhy (580/7, 416/7).

V tom Solovjev opětně shledává důkaz, že mravní ideál se srovnává s podstatou práva, i osměluje se prohlásiti zásadu: „Jestli některý positivní zákon odporuje mravnímu vědomí dobra . . . nevyhovuje ani podstatným požadavkům práva a právní zájem tkví ne v zachování, nýbrž v zákonitém zrušení takových zákonů.“ (588, viz shora 417). Solovjev zkrátka právo positivní (de lege lata) neuznává za právo, nevyhovuje-li toto právo aspoň minimálnímu ideálu mravnímu.

Tento názor jeho pronikavě se zrcadlí v úvaze následující, kde vykládá soudnictví jako — mravní povinnost (348 sq., 589 sq.).

V další kapitole Solovjev probírá anthropologickou školu kriminalistů. Přiznává jí relativní zásluhy: „Dosavadní nauky trestního práva, „absolutní“ i utilitaristní, zapomínaly na člověka v zločinci a viděly v něm jen nahodilého představitele abstraktní ideje zločinu. Škola t. zv. anthropologická správně vychází z konkrétní skutečnosti, že zločinec jest nenormální bytostí (toť zásluha), ale chybuje dbajíc v duchu materialistických biologů a chemiků jen o přírodní vlastnosti zločince, ne o vlastnosti mravní. Ale není-li škola ta objevitelkou Ameriky, jest aspoň na mylné cestě do Indie, která může objeviti nový svět. Východisko anthropologické školy, Gallova frenologie, chybně stotožňuje duševní stavy se stavy mozku a — lebky! Myslí (Lombroso), že zločinci jsou jediná zvláštní rasa; Ferri místo té absurdnosti uznal 5 kategorií zločinců: přirozených, šílených, zvykových, nahodilých a vášnivých a Lombroso sám v 3. vydání svého díla „L'uomo delinquente“ omezil svou nauku jen na první kategorii. Vše to vychází v jedinou thesi, v podstatě správnou (dle Solovjeva), „že vrozená zločinnost obyčejně je spojena s organickými anomaliemi a pathologickými stavy“ (606).

Na mezinárodním kongrese v Bruselu r. 1892 ruský kriminalista D. A. Dril formuloval hlavní principy anthropologické školy trestní. Jeden z nich považuje zločin za výsledek vzájemného působení zvláštní psychofysické organisace zločince a zevních vlivů. Solovjev praví, že by s touto formulí souhlasil, kdyby anthropologové z ní mlčky nevypouštěli mravní schopnost (svědomí, pokání), jež tvoří osobitost člověka jako činitele (611).

Konečný soud Solovjevův o anthropologických naukách trestních jest: „These ty vedou ke krutosti jako these odstrašení — chorobnou neřest nutno vyhubit, aby se dědičností nemnožila jsou ovšem zločinci nenapravitelní, ale není zevních známek té nenapravitelnosti, jak myslí anthropologická škola“ (610/15).

„Normální trestní právo“ dle Solovjeva se zakládá na těchto principech: Zločin je rozhodnutí pachatele, přestupující mravní normu. Jen v tom se liší od nervové psychosy.

Solovjev uznává krátkou vyšetřovací vazbu a dočasné uvěznění jako prostředky obranné a nápravné, ale zamítá apriorní sazby trestního zákona; jest pro individualisovaný, t. j. v každém případě specificky určený druh trestu (tím se prý i odstraní nebezpečí křivých rozsudků). Je též pro podmíněné odsouzení a pro zkracování trestu, když vinník se napravuje.

Je pro částečné zabavení jmění a nucenou práci pachatele, pro opatření náhrady postiženým i pro nápravu pachatele: „Společenská péče o zločince pro jeho možnou nápravu, svěřená lidem k tomu zvláště schopným, toť konečné určení trestu“ (616/23).

K filosofickému docelení úvah svých Solovjev připojuje méně důležitou stať „Empirická nutnost a transcendentální svoboda“, v níž téměř úplně přistupuje na stanovisko Kantovo[1]) a Schopenhauerovo. Zajímavější výv ody této stati jsou: „Svoboda volby“ není svoboda, neboť každý jev má takovou svobodu, t. j. potenciální neurčenost do té chvíle, dokud se nerozhodne.

Poukaz na mravní motivy, jimž člověk podřizuje přirozené, dokazoval by svobodu jen tehdy, kdyby takového podřizování byli schopni všichni lidé, ne jen někteří.

Činy neúmyslné (na př. chůze po pokoji libovolně v pravo i v levo) nedokazují svobodu: není svobody tam, kde není vůle. Svobodu nelze vůbec najíti v empirických jevech, nýbrž jen v transcendentním světě věcí o sobě.

Nemravný čin se dá vyložit přirozenými příčinami, ale ne ospravedlnit.

---

[1]) Své stanovisko ke Kantově ethice nejstručněji vytkl Solovjev v polemice s Čičerinem slovy: „Vše, co lze racionálním postupem vyvodit z fakta svědomí pro mravní filosofii, vyvodil zakladatel nauky té Kant“, ale jeho základ byl „úzký“: „všecka mravnost svedena tam na formálnou podstatu svědomí, t. j. na ideu absolutní povinnosti“ (703).

Lítost a pokání za minulé provinění nebyly by empiricky nic platny, neboť čin, obsažený v uplynulém čase, je hotov a nelze ho změnit. Ale se stanoviska transcendentního pokání má smysl, neboť inteligibilní (umopostigajimyj) charakter člověka je mimo čas; lhostejno mu, kdy se čin stal (625—655).

Že v těchto vývodech Solovjev se upřilišňuje a bere na pomoc transcendentální stanovisko i pro případy, které zcela snadno lze vysvětlit a konstatovat i empirikovi, netřeba rozvádět. Lítost a pokání nenapraví arci činu, který se již stal; ale napravují (neb aspoň jsou známkou nápravy) pachatele — ne fakt objektivní, nýbrž subjekt jednající, a to právě jde po stránce mravní. Zřejmo, že Kantovská ideologie zavedla do zbytečných formulí časem i myslitele tak střízlivé, jako je Solovjev. Ostatně s pojetím práva tato část myšlenkové stavby Solovjevy přímo není spojena.

IV. Doplňky a závěr.

K doplnění právní filosofie Solovjevovy sluší si povšimnouti některých zvláště důležitých myšlének, jež Solovjev prohodil jen porůznu a příležitostně.

V odpovědi na kritiku, kterou v „Opravdanije dobra" napsal G. F. Šeršeněvič ve „Voprosach filosofiji i psichologiji" 1897, Solovjev formuluje své stanovisko takto: Moje ethika hledí na zlou vůli samu o sobě, kdežto trestní právo hledí jen na její objektivní projev[3]) (665). Skutečně již na počátku spisu „Opravdanije dobra" se vyslovil v tomto smyslu: „Zevní stránka mravních přikázání, která spojuje čin s objektem, je vlastně jen právním oborem a ne mravností v užším smyslu. Se stanoviska trestního práva jde v zásadě o vraždu, t. j. o čin. Vnitřní psychologické momenty jsou tu jen pomocné. Pro právo je smrt člověka ztrátou. Dle ryzí mravnosti ztráta života může být i prospěchem pro zabitého (36). Na jiném místě téhož spisu, obraceje se

[3]) Příklad, jehož zde Solovjev užívá k znázornění své these, totiž braní úroku z půjčky, volil arci nevhodně. Proti Šeršeněvičovi, jenž lichvu odsuzuje pouze, je-li jejím přímým a vědomým účelem zničení bližních, praví: „S hlediska mravního každé půjčování peněz s braním platu za sám fakt půjčky je hřích lichvy (peccatum usuriae) a právní pojem „zákonného procenta" nepatří v okruh ideí mravních!" (666). Zde na stanovisku mravním stojí správněji Šeršeněvič než Solovjev, jenž neprávem vtiskuje mravní pečeť samému faktu braní úroku, nikoli pohnutce vnitřní.

proti názoru o vynucení jako základním znaku práva, pronáší zásadně důležité věty: „Právní nátlak je fakultativní: kdo se přestupku zdrží, je prost omezení trestního práva.“ „Základní vlastnost dobra právních zřízení není vynucení (toť jen možný následek), nýbrž přímo objektivnost úkolu. Zde je důležito především, aby určité věci skutečně byly a určitých aby nebylo.[4]) „Zevní povaze všeobecně důležitých věcí — ochrany života, statku, vzdělanosti atd. — „vyhovují zevní prostředky pro jich dosažení.“ Pro denní chod soudů, nemocnic a škol je stejno, zda-li vznikly z příspěvků dobrovolných či nucených. O statcích duchovních toho říci nelze, těch nelze vynutit. Vnitřní statek je svoboden (419).

V těchto výkladech opravdu Solovjev uhodil na vlastní objektivní podstatu práva a na jeho rozdíl od mravnosti. Avšak ačkoliv i jinde[5]) opětovně zdůrazňoval podstatný význam subjektivního živlu pro mravnost, nepostavil právě tento rozdíl do popředí.

V tom shledati lze hlavní známku Solovjevovy právní theorie. Nebyl právník a neměl dostatečné znalosti jednotlivých oborů práva, i byl nucen obírati se jen všeobecnostmi; ale geniální svou intuicí připadl zde na samo jádro problému. Jako správně postřehl, že k rozlišení práva a mravnosti je třeba najít právní jevy mravně indifferentní, tak poznal i vyslovil podstatný rozdíl právní objektivace od mravní vniternosti; ale nedošel dále nežli k těmto geniálním postřehům, a jakkoliv i po jiných stránkách tu a tam bystře odhadoval některé problémy právní[6]), přece

[4]) Právě tato důležitá věta chybí v německém (jinak dobrém) překladě spisu (Rechtfertigung des Guten.)

[5]) V odpovědi B. N. Čičerinovi na kritiku téhož spisu obsaženou v týchž „Voprosach“ napsal:

„Každý psychologický neb fysiologický fakt má mravní význam jen, pokud uskutečňuje neb ruší absolutní normy dobra, v nichž tkví jediný zájem ethiky. Na světě jest jediný podstatně ethický fakt, že z lidských stavů a činů některé se schvalují jako důstojné a druhé odmítají jako nedůstojné po svém vnitřním vztahu k dobru a zlu, nezávisle na všech jiných vztazích“ (699).

[6]) Na str. 491 dotýká se hesla „moc předchází právo“ a případně podotýká, že to platí jen o historické posloupnosti, čímž vystihl fakt, že právo upravuje poměry již vzniklé a řídí se skutečností. Dodává: „Právo jest omezená síla, ale jde o to, co ji může omezit. Podobně mravnost je překonávání zla, ale z toho nevyplývá, že by zlo bylo principem mravnosti.“

nevypracoval soustavné právní filosofie, která by stála na tomto stupni pravdivosti. Ve svém soustavném pokuse o definici práva sešel se správné cesty k otázkám vedlejším, proto jeho definice práva, ačkoli formálně jsou pravými perlami logické architektoniky, věcně nevyhovují. Lze litovat, že ze znamenitých formulí porůzných nevybudoval jednotné právní nauky, která by se rovnala jeho epochální ethice; avšak jednotlivé správné kroky a hluboké poznatky právní filosofie, které štědře rozesel po svých úvahách ethických, jsou a zůstanou trvale cenným obohacením slovanského myšlení právního. Zejména vzácná jest partie o trestním právu, spojující charakteristický humanitní moralism ruský s praktickými potřebami pokroku zevní civilisace. Vrchol její a Solovjevův nejosobnější problém, kritika trestu smrti — pro Solovjeva stejně význačný, jako pro Masaryka problém sebevraždy — je měřítkem mocného pokroku, jejž právní filosofie největšího slovanského Kantovce učinila nad Kanta samého. Vzpomeňme jen dvou hrozných důsledků tvrdé doktriny Kantova právně ethického absolutismu — názoru, dle něhož trest smrti je tak nutný, že i kdyby občanská společnost se rozešla (n. př. vystěhovalectvím), musil by napřed být popraven poslední vrah, dotud uvězněný[7]), a protichůdného názoru téhož filosofa, že poprava panovníka, byť i špatného, je „crimen inexpiabile, immortale," zločin podobný tomu, jehož nelze odpustit na tomto ani na onom světě[8]) — a vidíme lapidární doklad, jak v rukou Solovjevových povznesla se právní ethika i demokratická důslednost nad ovzduší germánské.

Kromě těchto vynikajících vlastností obsahových výklady Solovjevovy mají i negativní přednost, že (až na výjimku kantovské dialektiky) jsou prosty vyumělkovaného formulkářství německého; a positivní jejich přednost, slovanská přímost a prostota, umějící sáhnout s bezpečným instinktem na kořeny problémů, jest u Solovjeva vyvinuta měrou přímo stkvělou. Proto k jejich studiu právník, ethik, filosof i sociolog obrátí se vždy znovu a vždy s nevšedním prospěchem. A křišťálově jasná moudrost autorova, v jehož osobnosti zračí se nejkrásnější stránky širokého ruského charakteru, ozařuje svými paprsky i tuto část jeho mnohotvárného díla, které jako celek ocení teprve budoucnost.

---

[7]) Metaphysik der Sitten (Kant's Werke vyd. Cassirer VII. 191).

[8]) Tamže str. 128.

J o s e f V a n č u r a :

Právní jednání a akt vrchnostenský.

I. Pojem právního jednání a aktu vrchnostenského.

Právní norma jako projev vůle zákonodárné jest normou hypotetickou, jejíž uskutečnění v jednotlivém případě vázáno jest na určité podmínky. P o d m í n k y tyto se stanoviska subjektu jsou dvojí: buď jsou to skutečnosti na jeho vůli nezávislé, buď jsou to projevy jeho vůle. Z těchto nejvýznamnější jsou ony, kdež vůle směřuje přímo k uskutečnění normy právní, t. j. ke vzniku těch právních účinků, jež normou abstraktně jsou stanoveny; relace tato může býti zase dvojí: vůle ve svém projevu je právně svobodna nebo vynucena.

Zní tudíž n o r m y p r á v n í v těchto dvou případech takto: „Vůle může — musí projeviti vznik právních účinků; projeví-li vůle vznik právních účinků, buďtež tu tyto účinky.“ Vůle buď právně svobodná, buď právně vynucená projevuje vznik právních účinků a projevem vůle uskutečňuje se norma právní, takže vznikají tyto chtěné právní účinky — onen akt jest právním jednáním, tento aktem vrchnostenským.

Plynou odtud d e f i n i c e o b o u a k t ů : „právní jednání jest projev vůle, v právně svobodném rozhodnutí stanovící vznik právních účinků“; „akt vrchnostenský jest projev vůle, v právně vynuceném rozhodnutí stanovící vznik právních účinků“.

II. Právní rozbor aktů.

Smlouva „A má dáti B 100 K“ jest právním jednáním, rozsudek „A má dáti B 100 K“ jest aktem vrchnostenským; v čem spočívá různá právní povaha obou aktů?

I. „Vůle může — musí projeviti vznik právních účinků“ — právní jednání a akt vrchnostenský vyznačují se předně r ů z n o u r e l a c í v ů l e k p r á v n í m ú č i n k ů m : vůle buď právně svobodná, buď právně vynucená směřuje ke vzniku jejich.

V ů l e p r á v n ě s v o b o d n á projevuje vznik právních účinků: norma právní stanoví zde tudíž pouze meze volného rozhodování vůle, t. j. právně svobodného chtění jejího; i tam, kde subjekt jest vázán (n. př. smlouvou) k určitému projevu vůle, jest

akt přes to právně nevynutitelným projevem svobodného jeho chtění. Subjekt vůle jest proto stranou aktu: právně svoboden stanoví vznik práva; akt sám je pak projevem svobodného chtění jedné nebo více stran („vůle A + B mohou projeviti vznik právních účinků") — tedy aktem jednostranným nebo vícestranným.

Vůle právně vynucená projevuje vznik právních účinků: norma právní (aby zaručena byla rovnoprávnost a bezpečnost právní) vynucuje zde tudíž určité chtění vůle, t. j. určité její rozhodnutí; poněvadž však norma nemůže (a ani nechce) plně určiti činitele vůli vynucující, ponechává jí určitou sféru volnosti — sféru volného uvážení (freies Ermessen, pouvoir discrétionnaire); podle toho, zdali tito činitelé jsou normou více nebo méně určeni, je toto uvažování více méně volným nebo vázaným (udělení státního občanství, osvědčení právního poměru), ale juristickou povahou se neliší: podstatou svou je právně nevázaným myšlením vůle a rozhodnou je tedy volnost tohoto od normy, nikoliv však rozsah této volnosti (podobně Bernatzik, W. Jellinek, v. Verdross; jinak v. Laun). Subjekt vůle jest proto vrchnostenským nalézatelem aktu: právně vynucen vrchnostensky nalézá vznik práva; poněvadž tím je však jen stát, je akt sám projevem vůle státní (aktem státní exekutivy) a projev vůle osoby třetí může býti jen podmínkou aktu („vůle A musí projeviti vznik právních účinků, chce-li vůle B").

II. „Projeví-li vůle vznik právních účinků, buďtež tu tyto účinky" — právní jednání a akt vrchnostenský vyznačují se dále touže relací vůle k normě právní: s projevem vůle spojuje norma právní vznik právních účinků.

Z této relace vůle k normě právní plyne dvojí:

a) každá vůle právní jest (formálně) právně rovnocenná: projev její jest stejně podmínkou uskutečnění normy právní;

b) každý akt právní jest (formálně) právně stejně účinným: uskutečňuje se jím vždy norma právní. Proto panující pojetí aktů jednostranných a dvojstranných (A), podle právní rovnocennosti vůle státní a soukromé, i panující pojetí aktů konstitutivních a deklaratorních (B), podle právních účinků, musí býti ve své právní konstrukci nutně pochybeno.

A. 1. Teorie dělí akty, které vznikají projevem vůle státní a

soukromé na jednostranné a dvojstranné podle vzájemné právní relace obou vůlí: buď obě jsou si právně rovnocenny — akt jest dvojstranným (smlouvou), buď nerovnocenny — akt jest jednostranným. Jde tu tedy o problém (formální) rovnocennosti vůle státní a soukromé vztahem k normě právní a ten řeší se různě, podle toho, zdali zastává či popírá se dualismus právní.

a) Ti, kdož zastávají dualismus právní, dělí právě dle tohoto momentu právo na soukromé a veřejné: kdežto tam vystupuje stát jen jako strana osobě soukromé právně rovnocenná, zde vystupuje jako vrchnost osobě poddané právně nadřízená. „Das Verhältnis zwischen Staat und Untertan", praví o tom O. Meyer v „Deutsches Verwaltungsrecht" 1895 I. 67, „ist das einer rechtlichen Ungleichheit: der Staat hat auf seiner Seite die öffentliche Gewalt. Gewalt bedeutet die Fähigkeit eines rechtlich überwiegenden Willens".

Předpokládá-li proto akt projev vůle státní a soukromé, které směřují ke vzniku právních účinků, je v právu soukromém akt takový projevem dvou vůlí právně rovnocenných — tedy aktem dvojstranným (smlouvou soukromoprávní); v právu veřejném však projev vůle soukromé jest jen podmínkou uvolňující vrchnostenskou moc státu, z jehož vůle pak akt jednostranně vzniká — akt jest tedy aktem jednostranným. Sporno jest pouze, zdali i zde možny jsou případy, kdy obě vůle jsou právně rovnocenny a akt proto dvojstranným (smlouvou veřejnoprávní). Jedni — O. Myer, u nás Pražák (Rakouské správní právo 1905, I. 112 a n.) — vylučují vůbec tento případ jako důsledek „aus dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatze der allgemeinen einseitig bindenden Kraft des Staatswillens" (O. Meyer, Archiv. f. öff. R. III. 42), druzí — zvláště Laband, Jellinek, u nás Hoetzel (Nauka o správních aktech 1907, s. 72 a n.) — připouštějí jej však tam, kde stát vchází v nový poměr mocenský k osobě soukromé (na př. státní občanství) a zasahuje tím do právem chráněné sféry její, poněvadž osoba soukromá je zde od státu právně neodvislá a tím i rovnocenná — projev její vůle jest tedy projevem vůle smluvní.

b) Ti, kdož, popírají dualismus právní, vylučují vůbec možnost právní nerovnocennosti vůle státní a soukromé. Právní řád propůjčuje státu i osobě soukromé osobnost právní:

oba jsou si tedy jako subjekty právní rovnocenny. Vrchnostenský akt onoho i právní jednání tohoto jest stejně jen projevem vůle právního subjektu, s nímž právní řád spojuje určité právní účinky; vrchnostenský poměr jest pak jen obsahem právního poměru a subjekt takového aktu není tím právně nadřazen ostatním subjektům právním.

Předpokládá-li proto akt projev vůle státní a soukromé, které směřují ke vzniku právních účinků, jsou — jak dovozuje Kelsen A. f. öff. R. XXXI. s. 239 a n. — oba projevy společně podmínkou uskutečnění normy právní: obě vůle jsou si tedy právně rovnocenny a akt jest vždy dvojstranným (smlouvou).

2. Panující teorie dělí akty jednostranné a dvoustranné dle vzájemné právní relace, vůle státní a soukromé: buď obě jsou vztahem k normě právní rovnocenny — akt jest dvoustranným, buď nerovnocenny — akt jest jednostranným. A v š a k v z á j e m n á p r á v n í r e l a c e o b o u v ů l í n e n í u r č e n a j e n j e d n o u, n ý b r ž d v ě m a r e l a c e m i v ů l e: t e p r v e t a t o r o z h o d u j e p a k o r ů z n é p r á v n í p o v a z e a k t u; neboť vzniká-li akt projevem vůle, tu právně rozhodnou jest 1. jednak relace vůle k normě právní, 2. jednak relace vůle k právním účinkům: vzniká-li tudíž akt projevem dvou vůlí, tu vzájemná právní relace jejich nezávisí jen na prvé, nýbrž na i druhé relaci každé vůle; poněvadž však projev každé vůle jest stejně podmínkou uskutečnění normy právní, ale subjekt vůli projevující může býti buď stranou aktu, buď jeho vrchnostenským nalézatelem — nespočívá různá právní relace obou vůlí (a tím i různá právní povaha aktu) v různé relaci obou vůlí k normě právní, nýbrž v různé relaci jich k právním účinkům.

Proto pokud akt předpokládá projev vůle státní a soukromé, které směřují ke vzniku právních účinků, tu d v o j í m o ž n á p r á v n í r e l a c e o b o u v ů l í nejeví se tak, že stát jest buď stranou osobě soukromé právně rovnocennou, buď vrchností osobě poddané právně nadřazenou (srov. různě u O. Meyera, Jellinka, Kelsena) a akt dle toho dvoustranným nebo jednostranným, nýbrž tak, že oba jsou sice stejně subjekty právními (takže poměr vrchnostenský mezi nimi jest vyloučen), ale buď oba jsou stranami aktu („vůle státní a soukromá mohou projeviti vznik právních účinků“), buď jeden vrchnostenským nalézatelem aktu, druhý žadatelem jeho („vůle státní musí projeviti vznik právních účinků, chce-li vůle

soukromá") a akt dle toho dvoustranným právním jednáním (smlouvou) nebo aktem vrchnostenským, závislým na projevu vůle soukromé.

V aktech, kterými vzniká služební poměr občanský (α), veřejný poměr úřední (β), nucený poměr úřední (γ); užívací právo na věci v občanském vlastnictví státu (α), na veřejném institutu (β); živnost koncesovaná (γ), živnost volná (δ) — jest stát i osoba soukromá stejně subjektem právním, ale buď (α) akt vzniká projevem svobodného chtění obou (dvojstranné právní jednání, smlouva), buď vrchnostenským nalezením státu, které je (β) nebo není (γ) závislo na projevu vůle soukromé (akt vrchnostenský), buď (δ) pouhým projevem svobodného chtění osoby soukromé bez vrchnostenského nalezení státem (jednostranné právní jednání).

B. 1. Teorie dělí akty dle právních účinků na konstitutivní, které právní poměry tvoří a deklaratorní, které právní poměry (vrchnostensky) osvědčují. Jde tu tedy o různou kausální relaci aktu k projevenému právnímu poměru: prvý jest příčinou, druhý jen úsudkem; to jest v podstatě stanovisko, teorií obecně přijímané. Bernatzik „Rechtssprechung und materielle Rechtskraft" 1886 s. 7 a n. dělí akty na rozhodnutí, Entscheidungen, „Schlüsse mit welchen ausgesprochen wird, dass ein konkreter Tatbestand den Anwendungsfall einer abstrakten Rechtsnorm bildet" a opatření, Verfügungen, „beabsichtigte Hervorbringungen äusserer Wirkungen, um einen von der Rechtsordnung in abstrakto vorgezeichneten Erfolg zu erzielen". Ulbrich „Das öst. Staatsrecht" 1909 s. 251: „Die obrigkeitlichen Verfügungen können deklarativ (rechtsanwendend) oder konstitutiv (rechtschöpferisch) wirken, je nach dem sie in der einfachen Gesetzanwendung auf bereits vorhandene Rechtsverhältnisse bestehen, oder Rechtsverhältnisse erst schaffen".

2. Panující teorie, domnívajíc se děliti akty dle různé kausální relace aktu k právnímu poměru, staví proti sobě akty, které nový právní poměr tvoří a akty, které stávající právní poměr osvědčují. Jest však akt deklaratorní již tím, že stávající právní poměr osvědčuje, v jiné kausální relaci k právnímu poměru nežli akt konstitutivní? Nikoliv, neboť tyto dvě relace nestojí proti sobě, nýbrž vedle sebe: akt deklaratorní jest zajisté 1. jednak aktem, který stávající právní poměr osvědčuje — tedy úsudkem, 2. jednak aktem, z něhož osvědčený právní

poměr pro příště čerpá svou právní relevanci — tedy příčinou. „Des Urteil A sei schuldig B 100 Mk zu bezahlen", praví sám Bernatzik lc. s. 72. „enthält zweierlei: 1. die Entscheidung über das Rechtsverhältnis, welches diesem Befehle zu Grunde liegt, 2. die Verfügung, d. i. den Befehl zur Zahlung".

Pokud proto akt jest konstitutivním nebo deklaratorním, nejde tu o různý právní účinek aktu, nýbrž o různý — pro právní povahu jeho irelevantní — obsah aktu: Tradice dle § 426 obč. zák., rozsudek konstitutivní dle § 841 obč. zák., i rozsudek určovací dle § 228 c. s. ř. jest vždy aktem právním, z něhož projevený poměr čerpá svou právní relevanci, ale obsah jejich jest různý: založení neb osvědčení právního poměru; ne tedy podle toho, zda-li je příčinou nebo úsudkem, nýbrž podle toho, jaký je účel jeho, akt nový právní poměr zakládá nebo stávající osvědčuje — projevený právní poměr však v obou případech čerpá z aktu svou právní relaci. (Tak již Kormann „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte" 1910 dělí s tohoto stanoviska akty na práva zakládající, měnící, rušící a osvědčující.) Akty konstitutivní a deklaratorní liší se tudíž svým obsahem — kausální pojetí panující jest proto pochybeno ve své logické konstrukci a tím i vadným závěr Weyra (Öst. Zeitschrift f. öff. Recht III. s. 490 a n.), který zavrhuje vůbec tyto akty z důvodu metody právní, vylučující kausalitu z oblasti práva.

Také akt deklaratorní a ověření jest stejně aktem právním s vlastními, vůlí chtěnými právními účely, avšak osvědčený právní poměr sám buď čerpá, buď nečerpá pro příště z aktu svou právní relevanci: tam proto osvědčený právní poměr ve svém trvání závislým jest na aktu, zde akt na osvědčeném právním poměru. Oba akty liší se tudíž svým obsahem; nikoliv však tím, že jeden osvědčuje poměr právní, druhý jen faktický, jak soudí Bernatzik — poměr jest stejně právně relevantním; ani tím, že jeden jest právním jednáním, druhý právním činem, jak soudí Kormann — vůle směřuje stejně k vzniku právních účinků a oba jsou aktem vrchnostenským.

III. Právní povaha aktů.

Akty, s nimiž norma právní spojuje vznik právních účinků,

různiti jest na tři kategorie podle toho, zdali právní účinky vznikají,

a) protože vůle právně svobodná vznik jejich chce,
b) protože vůle právně vynucená vznik jejich chce,
c) aniž vůle vznik jejich chce.

Prvý akt jest právním jednáním, druhý aktem vrchnostenským, třetí právním činem. Právní jednání a akt vrchnostenský, jako projevy vůle v právně svobodném aneb vynuceném rozhodnutí stanovící vznik právních účinků, vyznačují se tudíž blíže co do své právní povahy:

1. různou relací vůle k právním účinkům — vůle právně svobodná nebo právně vynucená směřuje k vzniku jejich. Tam vůle právně svobodná projevuje vznik práva: subjekt vůle jest proto stranou aktu, zde vůle právně vynucená projevuje vznik práva: subjekt vůle jest proto vrchnostenským nalézatelem aktu; tam norma právní stanoví pouze meze volného rozhodování vůle, t. j. právně svobodného chtění jejího, zde norma právní vynucuje určité chtění vůle, ponechávajíc jí jen sféru volného uvážení, t. j. právně nevázaného myšlení; tam akt jest projevem vůle jedné neb více stran, tedy aktem jednostranným nebo vícestranným, zde akt jest projevem vůle státní, tedy aktem státní exekutivy a projev vůle osoby soukromé může býti jen podmínkou jeho;

2. touže relací vůle k normě právní — s projevem vůle spojuje norma právní vznik chtěných účinků. Proto předně každá vůle právní jest (formálně) právně rovnocenná — projev její jest stejně podmínkou uskutečnění normy právní: pokud akt předpokládá projev vůle státní a soukromé, tu dvojí možná právní relace obou vůlí nespočívá v různé relaci jejich k normě právní, (jak se obecně soudí), takže stát jest buď stranou osobě soukromé právně rovnocennou nebo vrchností osobě poddané právně nadřazenou, a akt dle toho dvojstranným nebo jednostranným, nýbrž v různé relaci jejich k právním účinkům, takže stát i osoba soukromá jsou sice stejně subjekty právními, ale buď jsou oba stranami aktu, buď onen vrchnostenským jeho nalézatelem, tato žadatelem, a akt dle toho dvojstranným právním jednáním nebo aktem vrchnostenským, závislým na projevu vůle osoby soukromé. Proto za druhé každý akt právní jest (formálně) právně stejně účinným — uskutečňuje se jím vždy

norma právní: pokud akt jest konstitutivním nebo deklaratorním, nejde tu o různý právní účinek aktu, (jak se obecně soudí), nýbrž o různý obsah jeho — ne podle toho, zda akt je příčinou nebo úsudkem, nýbrž podle toho, jaký je účel jeho, akt právní nový poměr zakládá nebo stávající osvědčuje — projevený právní poměr však vždy čerpá z aktu svou právní relevanci.

Nesprávno jest proto panující pojetí právního jednání a aktu vrchnostenského, jemuž právní jednání jsou — v definici něm. obč. zákoníka — „Handlungen, bei denen der Wille des Handelnden auf den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen gerichtet ist“ a akty vrchnostenské následkem toho podle jedněch jsou právními jednáními — a sice všechny akty: Kormann (l. c. s. 22: „jede Willenserklärung, die nicht Rechtssetzung ist, ist Rechtsgeschäft“), Kelsen; nebo jen akty konstitutivní: Laband O. Meyer, Ulbrich, Fleiner —, podle druhých pak liší se od nich relací subjektu k normě právní — Bernatzik, Tezner (Öst. Zeitschr. f. öff. R. I. s. 15 oba akty jsou „ebenso verschieden, wie die Obrigkeit oder die Behörde von der Partei und wie das öffentliche Recht oder das Recht der öffentlichen Gewalt vom Privatrecht“).

Literatura.

Část všeobecná.

Kerner Robert Joseph, Slavic Europe. A selected bibliography in the western european languages comprising history, languages and literatures. Cambridge (Mass. U. S. A.), Harvard University Press 1918. Stran XXIV. a 402.

Upozorňujeme na bibliografické dílo krajana našeho dra. Roberta Kernera, profesora missourijské university, jež vyšlo v posledním roce světové války v Cambridgi ve státě Massachusetts nákladem Harvardské universitní tiskárny. Spis byl hotov již na počátku války. Autor ukazuje v předmluvě na potřebu takové knihy, která by západním národům podala co možná podrobný přehled literatury zabývající se slovanskými národy. Původně zanášel se spisovatel myšlenkou vydati bibliografii nejdůležitějších prací o Slovanstvu, psaných ve všech jazycích (nevyjímajíc ani slovanské). Pro veliké obtíže, stavějící se v cestu takovému dílu, rozhodl se však konečně přestati jen na bibliografii prací sepsaných v západoevropskýoh jazycích, a to pokud běží o dějiny, řeči a literatury slovanských národů.

Válka světová ukázala, jak málo vědí západní národové o Slovanstvu,

a proto bude bibliografie Kernerova skutečně důležitou pomůckou ke studiu slovanského světa. Kniha přijde vhod i samé veřejnosti slovanské. Neboť bez ní bylo by kruhům slovanským těžko zjednati si náležitou informaci o publikacích vztahujících se k Slovanům, pokud jsou psány v jazycích západoevropských.

Dílo je rozděleno na šest oddílů. V prvém je podána bibliografie týkající se Slovanů jakožto celku. Oddíl druhý věnován je Rusům (všech větví, Velkorusům, Malorusům čili Ukrajincům i Bělorusům), oddíl třetí Polákům, čtvrtý Slovanům v Německu (vylučujíc Poláky), pátý Čechům a Slovákům, šestý Slovanům jižním. V každém oddíle seřaděna je bibliografie podle tří rubrik: dějiny, řeč a literatura. V oboru dějin obrací se pozornost nejprve k dílům bibliografickým, pak k publikacím periodickým, pramenům, kartografii a zeměpisu, cestopisům, archeologii, etnologii, ke všeobecným dějinám politickým, hospodářským a sociálním, načež se probírá literatura historie podle jednotlivých období, po případě i zemí (krajů). Historie právní jest obsažena v politických dějinách. Prameny historické se uvádějí, i pokud jsou psány latinsky. Cituje se na př. Jirečkův Codex iuris bohemici, ba i jeho Svod zákonův slovanských, v němž jest uveřejněna jen menší část pramenů psaných latinským jazykem.

Knihy zaznamenané v Kernerově bibliografii nalézají se skoro vesměs v Harvardské universitní knihovně. *Karel Kadlec.*

Hruchevsky Michel, Abrégé de l'histoire de l'Ukraine. Paris, Genève, Prague 1920. Stran 253.

Kniha je určena hlavně pro veřejnost západoevropskou, jak to prozrazuje již jazyk, kterým je psána. Čtenář slovanský najde o věcech v ní probíraných poučení ve starších pracích autorových, zejména v jeho starší práci Očerk. istoriji ukrainskago naroda (Petr. 1906) a v knize Iljustrovana istorija Ukrajiny (Kijev—Lvov 1911), přeložené do velkoruštiny a vyšlé v Petrohradě 1913. Obsahem nové jsou pro nás přece však dvě poslední kapitoly, třicátá devátá: La réaction et la guerre (1907—1916) a čtyřicátá: La révolution. Proclamation de la République Ukrainienne.

Kapitola třicátá devátá je zcela krátká. Líčí se tu stručně, jak se postavení Ukrajinců na Rusi značně zhoršilo za poloústavního režimu před světovou válkou. Ještě v první a druhé dumě měli Ukrajinci dosti veliký počet zástupců; naproti tomu v dumě třetí zbaveni byli všelikého zastoupení. Administrativa ruská vystupovala pak tajnými předpisy proti ukrajinskému tisku a spolkovému životu. R. 1910 zastavena byla násilně činnost nejdůležitější kulturní instituce ukrajinské, kijevské Prosvity. Na to líčí autor útrapy, jež bylo snášeti ukrajinskému lidu za války.

Obšírnější je kapitola poslední. Spisovatel, který sám na sobě zakusil těžké důsledky války, byl vězněn a konečně vypuzen do vyhnanství, s důrazem podotýká, že hnutí ukrajinské přese všechno pronásledování a potlačování jen rostlo. Podrobněji vypisují se události týkající se Ukrajinců, jež se sběhly od vypuknutí revoluce ruské v měsíci březnu 1917 až do ledna 1919. Dne 7. (20.) března 1917 byla zřízena v Kijevě Ústřední rada ukrajinská, jejímž prvním činem bylo uspořádání veliké národní manifestace pro

autonomii Ukrajiny. Od 19. do 21. dubna 1917 konal se veliký národní sjezd, jehož se účastnilo na 900 zástupců všech stran Ukrajiny. Běželo o to, aby Ústřední radě novými volbami dán byl ráz skutečného zastupitelstva ukrajinského národa. Autor líčí, jak Rada pracovala k tomu, aby autonomie Ukrajiny byla uznána ruskou vládou, s jakými obtížemi se při tom setkala, jak „prvá konstituce Ukrajiny" nebyla ruskou vládou přijata, jak místo ní ministerská rada ruská publikovala 4. srpna 1917 „prozatímnou instrukci pro generální sekretariát" ukrajinský atd. Ještě větší nepřátele našla autonomie Ukrajiny v bolševicích. Také o překážkách bolševických autor se podrobněji rozepisuje.

Spis Hruševského je velmi poučnou informační knihou o dějinách a politických aspiracích Ukrajinců. *K. K.*

Právní dějiny.

Kadlec Karel, Dějiny veřejného práva ve střední Evropě, sešit 1—3, Praha, 1920, str. 454.

Zákonem z 22. května 1919 čís. 290 sb. z. a nař. o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních v republice československé zavedeny byly na právnických fakultách místo dřívější historie německého práva a říšských dějin rakouských dějiny práva veřejného a soukromého ve střední Evropě. K provedení tohoto zákona bylo pak vydáno nařízení vlády republiky československé z 18. září 1919 čís. 510 sb. z. a nař., podle kterého jest tento nový předmět teprve postupně vybudovati a jest v něm především přihlížeti „k institucím, které mají obecný ráz evropský a k osudům zemí českých".

Ani zákon, ani nařízení nevymezují přesně předmět, naopak větou, že nový předmět jest postupně teprve vybudovati, jest dána představitelům dotčeného oboru dosti značná volnost, jak co do předmětu, tak i pokud se týče hranic výkladů. Záleží tedy velmi mnoho na pojetí tohoto předmětu se strany učitele.

Výše uvedený spis jest první prací z tohoto předmětu, ovšem nikoli celého, nýbrž jen z části jeho, totiž práva veřejného. Jest tedy po soudu referentově záhodno poněkud obšírněji a podrobněji k ní přihlédnouti.

Zde předem jest uvážiti, co sluší rozuměti pojmem „střední Evropa". Autor praví, že pojem ten jest rozhodně širší než Německo a bývalé Rakousko-Uhersko. Zajisté. Zeměpisně nekryje se střední Evropa s Německem a Rakousko-Uherskem; obsahuje jistě střední Evropa na západ i Francii a na východ i Polsko. Ale jest dále i jiný důvod, proč v pojmu veřejného práva ve střední Evropě nebylo lze se obmeziti jen na veřejné právo Německa a Rakousko-Uherska; důvod didaktický. Podle výše citovaného vládního nařízení jest především přihlížeti k institucím, které mají obecný charakter evropský. Na půdě Německa a Rakousko-Uherska institucí, které by měly tento charakter, není opravdu mnoho. Přiblížíme-li zejména k době nové, pozorujeme, že valná část institucí veřejnoprávních v těchto dvou státech postupem doby zakrněla ve zvláštním, čistě německém resp. rakouském ovzduší a vytvořila formy specificky německé. Mnohé z myšlenkových proudů moderních uplatňujících se koncem 18. a v prvé polovici 19.

století ve veřejném životě, zejména v oboru veřejného práva, zarazily se na hranicích Německa a Rakousko-Uherska a nedaly vzklíčiti institucím, jež v ostatní Evropě tak zdárně se rozvinuly. Tak zejména idea svrchovanosti národa neujala se v Německu a Rakousko-Uhersku, ježto zde idea svrchovanosti panovníkovy, vlády „z milosti boží“ a reakční ráz veřejnoprávních institucí německých a rakouských to naprosto nepřipustily. Jen tím lze si vysvětliti, proč idea konstitucionalismu vůbec zakrněla zde v konstituční monarchii vybudovanou na principu monarchickém a vytvořila zvláštní typ konstituční monarchie rázu německého, typ, nepřihlížíme-li ovšem k Rusku a k Turecku, existující výlučně jen v Německu a v Rakousko-Uhersku. Chtěli-li bychom studovati vývoj principu demokratického, vývoj parlamentarismu, vývoj moderní republiky a pod., na půdě Německa a Rakousko-Uherska, nesezname z toho ničeho. Z toho důvodu chtíti obmeziti dějiny veřejného práva ve střední Evropě na dějiny veřejnoprávních institucí vytvořivších se na půdě Německa a Rakousko-Uherska znamenalo by podati jen kusý obraz veřejnoprávních institucí majících obecný ráz evropský a zastříti čtenáři oči před celou řadou institucí, jež vzniknuvše na evropském západě, teprve po světové válce se právě na půdě Německa a Rakousko-Uherska ujaly.

Střední Evropa není tedy jen Německo a bývalé Rakousko-Uhersko. Co však sluší zahrnouti v rámec předmětu „dějiny veřejného práva ve střední Evropě“? Autor čítá sem dějiny veřejného práva ve státu polském, a dále vedle všech složek bývalé monarchie habsburské, států českého a uherského a zemí rakouských, ještě výklad o veřejnoprávních institucích a státoprávních snahách jižních Slovanů, nejen Chorvatů a Slovinců, nýbrž i Srbů. Pokud Chorvatů a Slovinců se týče, nebude, doufám, sporu o to, že oba tito národové v rámec našeho předmětu spadají. Pouze pokud Srbů se týče, mohly by tu býti určité pochybnosti. Autor nepřezírá a sám připomíná, že Srbové náleželi původně mezi národy balkánské a nemohli tedy býti čítáni k národům střední Evropy. Avšak postupem doby stávali se Srbové v bývalé monarchii rakousko-uherské činitelem tím závažnějším, čím více tato monarchie provozovala balkánskou politiku, a konečně nově vytvořené království Srbů, Chorvatů a Slovinců skládá se většinou ze zemí této monarchie, takže již z tohoto důvodu jest nezbytno přihlédnouti také k dějinám Srbů. Důvody tyto jsou správny a sluší důsledkem toho jen schváliti, že autor přihlédl také k Srbům.

Pokud samého Německa se týče, podává autor stručný přehled veřejnoprávního vývoje říše francké a pak římskoněmecké a přihlédá také k dějinám ústavního zřízení státu braniborskopruského. I s tím lze jen souhlasiti. Jeť Braniborsko-Prusko státem, kde idea státu vrchnostenského nalezla úrodnou půdu a ujala se v plné své ryzosti, a jehož zřízení v mnohém podává klíč k reformám monarchie habsburské za Marie Terezie a Josefa II. Konečně také tento stát se svým vyvrcholeným monarchickým principem jest typickým přímo protikladem státu polského, ve kterém princip monarchický záhy byl zatlačen živlem stavovským, a jehož konečný vývoj jest oligarchická republika s monarchickým nátěrem.

Spis jest rozdělen na dvě knihy, z nichž prvá jest věnována starším

formám států středoevropských, druhá pak státu modernímu, národně zastupitelskému.

Kniha první obsahuje období státu patrimonijního, feudálně stavovského a feudálně absolutistického až do konečného ustavení státu konstitučního, vybudovaného na podkladě zastupitelském. Pro konečné vybudování moderního státu zastupitelského jednotné hranice časové není. Autor jest si toho také dobře vědom. Z toho důvodu zajisté hranice jeho výkladů jsou jiné v knize první a opět jiné v knize druhé, takže, co výše bylo řečeno o hranicích výkladů, dopadá jen na knihu první.

Z knihy první část prvá jest věnována říši francké. Autor, předesílaje stručný politický přehled, postupně vykládá ústavu a správu říše francké, promlouvá o mocenských prostředcích panovníkových, načež věnuje pozornost novým hybným silám vývoje státoprávních poměrů, jež z primitivního státu středověkého, na který se ještě dobře hodí název státu barbarského, tvoří již základy státu feudálního, a všímá si bedlivě i poměru státu k církvi.

Část druhá jedná o říši německé. Autor se tu uchyluje od periodisace dosud obvyklé v německých dějinách právních. Ponechává sice dosavadní rozdělení na čtyři období, volí však pro ně jiné meze časové. Kdežto obvyklá až dosud periodisace jest: doba germánská, doba francká, věk střední a věk nový, vypustil autor dobu germánskou, dobu franckou vzal za období prvé — probírá ji vlastně zcela samostatně v části prvé: říše francká — a zbývající dvě období rozdělil na období tři. Prvé období počíná se r. 887 a končí počátkem 13. stol. Autor je charakterisuje jako dobu plně se rozvíjejícího feudalismu, kde říšské úřady se sice vymykají znenáhla z moci panovníkovy, stávajíce se dědičnými lény v rukou jich držitelů, avšak na venek zůstávají přece jen úřady. Druhé období zahajují říšské zákony z r. 1220 a 1232 a končí mír vestfálský z r. 1648. Jest to podle autora období feudálně stavovské aneb období teritoriálních států s režimem dualistickým, panovnicko-stavovským. Bývalí úředníci, nyní již knížata, vykonávají nad svými (někdy úředními) územími pravou vládu panovnickou, ale obmezenou dílem suverenní mocí krále (císaře), dílem spolupůsobením zemských stavů. Obmezování se strany královy stává se čím dále tím menším, kdežto stavovská součinnost naproti tomu nabývá rostoucích rozměrů. Třetí období se počíná mírem vestfálským. „Německo se stává složitým státem zvláštního druhu, podobným státům spolkovým, nadřazeným knížecím územím (státům členským). Imperium vykonává císař společně se souborem říšských stavů shromážděných na říšském sněmu, tedy celé kolegium.“ Členským státům náleží jen polosuverenita; jsou to většinou už státy absolutistické, v nichž zaniká aneb aspoň je potlačován dualism státní moci.

Odchýlení toto od obvyklé periodisace má zajisté svoje dobré důvody. Pokud se týče vypuštění t. zv. doby germánské, odůvodňuje se tím, že doba tato jest celkem pro náš předmět bezvýznamná; právní a státní řády jsou v primitivním stavu a o nějakém obecném rázu evropském nelze u nich mluviti. Rozdělení t. zv. doby německé na tři období místo na období dvě jest po mém soudu ospravedlněno tím, že na vývoj státního zřízení říše německé mají mezníky autorem vyznačené skutečně dalekosáhlý význam. Dosavadní rozdělení právních dějin německých na dvě období, na střední a nový věk,

jest dáno více méně spojitostí výkladů o dějinách státního zřízení s výklady o dějinách práva soukromého. Avšak různé ty momenty, které pro toto dělení jsou směrodatny, jako jest v prvé řadě recepce římského práva, dopadají takřka výhradně jen na právo soukromé. Naproti tomu pro dějiny státního zřízení konec věku středního a začátek věku nového nepřinášejí nám mnoho a co přinášejí, není přece jen tak významné, aby to mohlo tvořiti mezník nového období. Confoederatio cum principibus ecclesiasticis a Statutum in favorem principum klade základy příští moci zeměpanské, ale vývoj této moci není ukončen na sklonku věku středního. Reformace sice urychluje tento vývoj, ale přes to stále ještě pozorujeme, jak této moci zeměpanské kladou se meze jednak pojetím svrchovaností krále, resp. císaře, jednak že proti zeměpánu ve vlastním jeho území stojí tu zemští stavové jako spolupředstavitelé státní moci. Protiva mezi rex a regnum trvá, a byť i od konce 15. stol. v poměru zeměpána ke stavům se pozorovala jakási změna, která dává již tušiti příští absolutismus zeměpanský, přece jen počátky tohoto absolutismu jsou tak nesmělé, že počátek věku nového nemůže tvořiti nijaký mezník.

Naproti tomu mír vestfálský tvoří zde opravdový mezník. Jím vývoj zemské výsosti jest dovršen. Říšká knížata stávají se skutečnými zeměpány a „jus faciendi inter se et cum exteris foedera" činí z nich takřka již svrchované panovníky, neboť obmezení tohoto práva, že smlouvy ty nesmějí čeliti proti císaři nebo říši, jest více méně jen dle jména, kdyžtě samotné dějiny třicetileté války podávají nám dosti zřetelné doklady opaku. Ve státoprávní skladbě říše římskoněmecké nastává tím změna potud, že říše tato stává se již jen pouhým spolkem států. Rozpadnutí se říše a potomní utvoření Německého Bundu, jakožto mezinárodního spolku svrchovaných knížat a svobodných měst Německa, jest jen konečným článkem rozkladného pochodu sankcionovaného mírem vestfálským. A jako zemská výsost vůči říši stává se skutkem, tak i moc zeměpanská uvnitř samotného území se utvrzuje oproti zemským stavům. Zavedení stálého vojska dává zeměpánům nebývalou zbraň do rukou. Vystupují již nepokrytě na jevo absolutistické snahy, proti nimž stavům zemským nedostává se ani zbraní, ani zastání od říše. Od polovice 17. stol. propadají jednotlivá území německá knížecímu absolutismu.

V části věnované Německu autor líčí nejprvé rozkvět feudalismu, vývoj měst a ústavu říše období feudálního. V období druhém — v období státu feudálně stavovského — výstižně pojednává nejen o ústavě říšské, nýbrž také o ústavě zemské. V období třetím — v období soustátí teritorií — líčí pak následky a důsledky míru vestfálského, zánik říše římskoněmecké a založení německého bundu.

Část třetí: stát braniborsko-pruský a jeho absolutism jest v podstatě jen doplňkem části druhé, neboť na tomto státu makavě vidíme vývoj absolutistických snah, jak během věku nového se uplatňovaly v Německu, se všemi prostředky a pomůckami, jichž absolutismus užíval, až po vyvrcholení ideje vrchnostenského státu s byrokratickým a militaristickým aparátem.

Část čtvrtá obsahuje český stát. Stát tento byl zajisté původně státem patrimonijním, změnil se však později na feudálně stavovský; ovšem lenní zřízení nezapustilo zde tak hlubokých kořenů jako v západní Evropě. Vykazuje pak posléze formu stavovské monarchie dualistické. Základem a těžištěm

státu jsou Čechy, ke kterým přistupuje v pol. 10. stol. Morava, jejíž hranice proti Uhrám jsou definitivně stanoveny mírem ostřihomským z r. 1031. Nepřihlížíme-li k přechodným rozšířením českého státu za Boleslava II., Přemysla II. a Václava II., rozšiřuje se za Lucemburků český stát ve stát dynastický zaujímající kromě Čech a Moravy celé Slezsko, oboje Lužice a přechodně i Branibory a Lucembursko. Pro tento stát začíná se od 14. stol. užívati označení „česká koruna".

Země české stály k říši římsko-německé v určitém závislostním poměru, který bere místy na sebe ráz poměru lenního. Ovšem nemůže tu jíti o pravidelný poměr manský, neboť země české nebyly nikdy věcným lénem říše. Byl tu manský poměr zvláštního druhu záležející v tom, že panovník český byl pravým vasalem krále římskoněmeckého jako arcičíšník a kníže-volenec říše a jako panovník lužický a držitel zahraničných lén ležících v Německu. Jinak však panovník český byl ke králi římskoněmeckému v poměru suveréna k suverénu a poměr českého státu k říši byl poměrem mezinárodním. Husitskými válkami byly pak styky Čech s říší přerušeny.

Autor dále tu vykládá trůnní právo, státní zřízení v době nejstarší, složení obyvatelstva, vznik stavů a stavovského zřízení, ráz státní moci, vznik, složení a pravomoc, jakož i druhy sněmů, úřady a soudy.

Část pátá jedná o státu polském. Po stručném politickém přehledu charakterisuje autor polský státní vývoj celkem takto: Polsko jest příkladem středověkého stavovského státu, který se začal velmi slibně vyvíjeti jako silná patrimonijně absolutistická monarchie, avšak dříve než se náležitě zcentralisoval a upevnil, rozpadl se po necelých dvou staletích na řadu knížetství. V těchto knížetstvích vyvinulo se silné stavovství a zemský separatism, jež zcelovací proces započavší počátkem 14. stol. nedovedl již zdolati, a to tím méně, ježto netrval ani tři čtvrtiny století. Nevýhodou pro Polsko bylo dále, že příliš brzo vymřela stará domácí dynastie, a že si šlechta polská na novém panovníku vymohla značné svobody, které nejen obmezovaly silně panovníka, nýbrž byly na škodu samotnému státu. Moc královská stále upadá a volitelnost trůnu zasazuje jí největší ránu: král se stává pouhým šlechtickým úředníkem a stát polský šlechtickou republikou. Vadou státního zřízení polského byly nedostatek silné moci královské, nedostatek řádně organisované exekutivy, takže stát nevycházel vlastně z anarchie, a nezdravé sociální rozvrstvení obyvatelstva.

Ústavní dějiny Polska lze děliti na tři období: období státu patrimonijně absolutistického, jež sahá do počátku 13. stol., období státu stavovského sahající až do počátku 16. stol. a období státu šlechtického či spíše řečeno šlechtické republiky, které trvá až do zániku říše.

V Polsku se vytvořili tři političtí stavové: duchovenstvo, šlechta a stav městský. Nejprve se organisoval stav duchovní, který od konce 13. stol. vystupuje jako stav požívající úplné samosprávy a vykonávající i obsáhlé soudnictví. Po něm organisuje se stav městský, který však záhy na to opět začal upadati. Příčiny toho byly jednak politické, jednak i hospodářské. Města pozbývají svého významu a již v 15. stol. straní se účastenství na sněmích, takže mizejí z řady stavů zemských. Nejposléze ze všech začala se organisovati šlechta; pochod vývojový táhl se u ní až do 14. stol. Pů-

vodně pozorujeme zde snahu vytvořiti i ve šlechtě dva stavy, ale snaha tato nedošla uskutečnění: šlechta zůstala stavem jednotným a svobod šlechtických byli účastni stejnou měrou bohatí magnáti právě tak jako chudí zemané.

Sněmy polské byly trojího druhu: sněmíky, správní a zákonodárné shromáždění šlechty jednotlivých vojevodství, sněmíky generální (sněmy celých zemí), shromáždění to plnomocníků volených na sněmících vojevodských a konečně valné sněmy celé koruny, shromáždění šlechty celého státu. Rozdíl v organisaci jednotlivých těchto druhů sněmů záležel m. j. v tom, že sněmíky provinciální a zemské byly založeny na soustavě jednokomorové, kdežto valné sněmy koruny se skládaly ze dvou komor: ze senátu, který tvořili církevní hodnostáři a úředníci světští, zemští i říšští, takže senát má povahu výhradně úřední a ze sněmovny dolní (izba poselska), kde jest zastoupena veškera neúřední šlechta polská, vyšší i nižší.

Sněmy měly pravomoc správní a zákonodárnou. Pokud významu se týče, nabyly sněmíky značné váhy, ba měly vrch i nad sněmy až do počátku stol. 18., kdy sněmy jim opět odňaly značnou část jejich pravomoci. Podstatnou vadou polského sněmování bylo, že princip majoritní nebyl uznán; k platnému usnesení jak sněmíků, tak i sněmů se vyžadovalo jednohlasnosti, takže podle pověstného t. zv. liberum veto mohl každý jednotlivý člen sněmu celé jednání sněmovní zmařiti.

Polské státní zřízení netrpělo však jen vadami sněmovními; celá veřejná správa spočívala na nezdravých základech. Moc královská, nejen že se nemohla upevniti, nýbrž důsledkem t. zv. pacta conventa při volbách královských klesla na pouhý stín moci. A ježto král ve své osobě představoval vlastně autoritu státu, trpěla důsledkem toho i autorita státní sama. Šlechta se zmocnila vlády v celém státu a vykonávala ji spíše pro své zájmy než na prospěch státu. Úprava úřadů byla rovněž slabou stránkou celého veřejného života. K tomu se družily i jiné skutečnosti, konflikty se sousedy, zejména se státem moskevským, rozpory náboženské a pod. Nezdravé tyto zjevy spojené s nedostatečnou organisací státní a společenskou přivodily konečně pád celé říše: hrabiví sousedé, Rakousko, Rusko a Prusko využili všech těchto nesnází polského státu a rozdělili se o jeho území; polský stát zmizel koncem 18. stol. z řady států evropských.

Část šestá jedná o státu uherském do r. 1526. Autor podává opět nejprve povšechnou charakteristiku uherského státu, pojednává o území a národnostech státu a vykládá na to státní zřízení v době nejstarší. Stát uherský byl zajisté původně státem patrimonijním a králi příslušela moc absolutní. Avšak právě tak, jako v jiných státech, začíná se i zde vyvíjeti stavovství. Tvoří se čtyři politické stavy: prelátský, panský, šlechtický a městský. Řádné sněmování ujímá se tu poměrně velmi pozdě. Ve státním zřízení uherském zvláštního významu se dodělala komitátní samospráva, která se bohatě rozvinula teprve v době habsburské a stala se v nové době jedním z nejmohutnějších pilířů státní samostatnosti uherské.

Část sedmá je věnována státům jihoslovanským, resp. státu chorvatskému. Ve všeobecném přehledu vykládá autor důvody, proč z jihoslovan-

ských plemen nemohl se vyvinouti jeden slovanský národ, a věnuje pozornost všem slovanským národům balkánského poloostrova.

Státní život chorvatský počal se vyvinovati kolem dvou oddělených středisek: jedno leželo v přímoří, v nynější Dalmácii, druhé daleko od moře, v nynější Slavonii. K tomu přistupuje ještě byzantská Dalmácie, která sice původně patřila k císařství byzantskému, avšak postupem doby se pochorvatšťovala, až konečně byla připojena k Chorvatsku. Odtud pozdější název Chorvatska „království trojjediné“, t. j. Chorvatsko, Dalmácie a Slavonie.

Státem nezávislým stalo se Chorvatsko kolem r. 880, ale po vymření domácí dynastie koncem 11. stol. dochází r. 1102 ke smlouvě mezi Uherskem a Chorvatskem, podle které král uherský Koloman je zvolen a korunován za krále chorvatského. Tím dochází k unii uhersko-chorvatské: král uherský je zároveň králem chorvatským; z počátku bylo i zvláštní korunování na krále chorvatského, avšak později odpadlo, takže jedním a týmž aktem prováděno bylo korunování na krále uherskochorvatského. I po unii z r. 1102 jest Chorvatsko státem samostatným, ale postupem doby se čím dále tím více podřizuje uherským právním řádům a orgánům. Vyvíjí se i společný indigenát uherskochorvatský.

Chorvatsko podržuje však vlastní svou správu pod nejvyšším zemským úředníkem, bánem. Někdy však posílali králové uherští do Chorvatska své syny nebo mladší bratry za zvláštní zemské správce jakožto vévody, jichž moc se rovnala moci královské: dosazovali bány a biskupy, potvrzovali královské privileje, svolávali sněmy atd.; mívali i své vlastní dvory a svou komoru. Bán v Chorvatsku měl podobnou moc jako v Uhrách palatin a býval nezřídka označován jako místokrál. K rukám měli bánové pomocníky zv. podbány, obyčejně dva: slavonského a chorvatského, jež si sami jmenovali.

Chorvatské země měly také svoje vlastní sněmy. Od druhé polovice 13. stol. konaly se dvojí sněmy, jeden pro Slavonii a druhý pro Chorvatsko; v případech zvláště důležitých konal se společný sněm chorvatskoslavonský. V 15. stol. začal sněm slavonský pravidelně posílati svoje posly na uherský sněm; sněm chorvatský však tak nečinil i přes vyzvání královské.

Ještě za úplné státní nezávislosti bylo státní území chorvatské rozděleno na menší správní obvody zvané župami, v jichž čele stáli župani. Na tom nebylo po unii uherskochorvatské z počátku měněno ničeho. Avšak ve Slavonii záhy ubývalo plemenných žup a začaly se jejich spojováním tvořiti nové župy čili komitáty po vzoru uherském, jako vůbec Slavonie, jež sousedila přímo s Uhrami, počala se brzo přizpůsobovati ústavním, správním a sociálním řádům uherským. Naproti tomu v Chorvatsku se plemenné župy udržely až do 14. stol. Župy vykonávaly správu a soudnictví. Od soudu županského bylo lze se odvolati k soudu bánskému. Od bána připouštělo se pak později odvolání ještě ke králi, který je odevzdával k rozhodnutí dvorskému sudí uherskému.

Část osmá, nejobsáhlejší ze všech statí první knihy, jedná o monarchii habsburské, rakousko-česko-uherské. Podány jsou tu nejprve základní črty jejího vývoje, načež je líčen územní vývoj a státní zřízení zemí rakouských až do r. 1526. V dalších kapitolách jsou pak vyloženy územní vývoj monarchie a snahy o unifikaci trůnního práva a správy a o společná zastupitelstva zemí,

dále zemské ústavy jednotlivých celků státních a konečně doba od r. 1740 — 1848, tedy, nepřihlížíme-li ovšem k státům českému a uherskému do r. 1526, to, co tvořilo bývalý předmět „říšské dějiny rakouské“, ovšem ve stručnějším podání.

Kniha druhá jest věnována státu konstitučnímu, národně representačnímu. Bylo řečeno již výše, že hranice výkladů jsou jiné v knize první a opět jiné v knize druhé. V knize první obmezuje se autor na střední Evropu a časově jeho výklady končí přirozeně rokem 1848. Naproti tomu kniha druhá neobmezuje se jen na střední Evropu, nýbrž zaujímá i Anglii a dokonce i Spojené Státy Severoamerické a časově přirozeně nezačíná tam, kde končí kniha první. To ovšem, přísně vzato, v rámec dějin středoevropského práva již nespadá. Přes to však dlužno jen schváliti, že autor nezůstal lpěti jen na pojmu „středoevropský“, nýbrž pokládal za závažnější přihlédnouti také „k institucím, které mají obecný ráz evropský“. Pochybuji totiž, že by se někomu podařilo vyložiti náležitě podstatu, vznik a vývoj ideje konstitucionalismu, aniž by nešel ke kolébce této ideje, k Anglii. A rovněž nelze náležitě pochopiti a vykládati instituce parlamentarismu, které, nepřihlížíme-li ovšem ke Švýcarsku a Rusku, ovládly dnes veškero státní zřízení v Evropě, aniž bychom nestudovali vznik a vývoj těchto institucí opět v Anglii. A právě tak idea moderní republiky, byť i zárodek její dán byl v podstatě reformací, nezakotvila a nebyla uskutečněna na půdě evropské, nýbrž na půdě Nového Světa, v Americe. Stejně jest tomu i s ideou základních práv občanů státních, která poprvé byla formulována rovněž na dálném západě americkém. Všechny tyto ideje mají nejen obecný ráz evropský, nýbrž i dalekosáhlý význam pro země české, neboť se ujaly, resp. byly zavedeny po světové válce i v našem státu.

Autor vykládá nejprve pojem státu konstitučního; jest to svaz rovnoprávných a svobodných státních občanů určitého území, účastnících se výkonu státní moci prostřednictvím zástupců. Definicí touto jsou dány korporační ráz státu, idea representační a zároveň princip demokratický. Všechny tyto myšlenky potřebovaly ovšem k svému uskutečnění dlouhého vývoje, který byl zahájen a v podstatě i ukončen nikoli na půdě střední Evropy, nýbrž v Anglii, a do jisté míry, pokud totiž se týče formy demokratické republiky, v Americe. Autor také líčí vývoj těchto idejí v Anglii a v Americe a dále spor principu monarchického s principem demokratickým, jak se odehrával ve Francii, až konečně skončil t. zv. červencovou revolucí vítězstvím principu demokratického. Po vzoru francouzském a částečně i anglickém vybudována byla ústava belgická, kterou spolu s francouzskou ústavou byl dán typ konstituční monarchie vzoru francouzskobelgického čili monarchie vybudované na principu demokratickém neb také monarchie parlamentní. Naproti tomu v Německu a na půdě bývalé monarchie rakouskouherské zůstal princip monarchický zachován v neztenčeném rozsahu.

V dalších kapitolách jsou líčeny dějiny konstitučních snah v Polsku, konstituční snahy v Německu a jejich výsledky a konečně ústavní vývoj v podunajské monarchii od r. 1848, ve kterém jest pečlivě přihlédáno jak k ústavním snahám českým, tak i k otázce národnostní.

Bylo řečeno již z předu, že spis tento jest prvým svého druhu; jím razí se jaksi cesta vybudování našeho předmětu. A tu lze zcela otevřeně

říci, že spis ten jest dílem velmi zdařilým. Autor vyčerpává tu látku jasně a přehledně, všímá si bedlivě všech složek veřejnoprávního života a přihlédá zejména, pokud území bývalé monarchie rakouskouherské se týče, pečlivě i k otázkám národnostním. Rovněž i s metodou spisu lze jen souhlasiti. Nebude lze tedy, doufám, pochybovati o tom, že spis tento jasně vystihl intence zamýšlené zavedením předmětu, takže bude zajisté bezpečným základem pro jeho vybudování.

Po jedné stránce vznikají však přece jakési pochybnosti. Spis ten jest zajisté sepsán jako učebnice; ale tu právě jest obava, zda jako učebnice není příliš obsáhlý a zda by se nedoporučoval spis stručnější. Ale tu narážíme opět na nové potíže. Čím důkladněji spis pročítáme, tím více přicházíme k přesvědčení, že velmi těžko je tu něco krátiti, nemá-li trpěti újmu jasnost a srozumitelnost výkladu. Bylo by lze arci namítnouti, že některé části obsahují dokonce i dějiny politické a že by bylo lze je vypustiti. Avšak to pokládám za jednu z předností spisu. Tam, kde nástin politického vývoje jest předeslán jako úvod, jest to po mém soudu přímo nutné, ač-li čtenář má si učiniti jasný přehled o celé věci. Tam pak, kde při líčení samém jsou obsaženy také dějiny politické, jako jest tomu po výtce v § 101 (ústavní vývoj v podunajské monarchii od r. 1848), jest to dáno povahou věci samé, neboť autor zde zejména přihlíží také k otázce národnostní, která přece v dosavadních učebnicích říšských dějin rakouských byla přímo zanedbávána. A výklad otázky národnostní bez zřetele na politický vývoj jest po mém soudu těžko myslitelný. Obšírnosti spisu nebylo tedy lze se vyvarovati. Ba po mém skromném náhledu bylo by záhodno některé části i doplniti, resp. rozšířiti. Tak na př. bych doporučoval vsunouti do první knihy ještě nástin vývoje správní i státní organisace státu francouzského v době nové, neboť organisace tato byla vzorem, odkud velmi často čerpali Habsburkové při zařizování správního a státního ústrojí monarchie. Rovněž druhá kniha by vyžadovala rozšíření. Vývoj zásad, jimiž jest dnes řízena soustava representativní, jakož i parlamentarismu v Anglii, jeho recepce ve Francii a v Belgii v prvé polovici minulého století, jakož i potom ostatními monarchiemi vybudovanými na principu demokratickém, vývoj principu monarchického a demokratického, vývoj myšlénky t. zv. přirozených práv lidských, vývoj správního soudnictví ve Francii a pod; to vše po mém soudu by vyžadovalo ještě podrobnějšího vylíčení.

Tím vším by ovšem rozsah knihy ještě vzrostl. Poněvadž pak stěží lze si představiti nějaké podstatné obmezení knihy, nezbývá po mém soudu nic jiného, než usilovati o rozmnožení předmětu samotného, t. j. o zvýšení počtu hodin připadajících na dějiny veřejného práva ve střední Evropě. K tomuto závěru vede nás ještě i jiná úvaha. Předmět náš jest zajisté míněn jako náhrada za bývalé říšské dějiny rakouské a dějiny veřejného práva německého. Na oba tyto předměty připadalo celkem 10 hodin týdně. Naproti tomu pro dějiny veřejného práva středoevropského připadají jen 4 hodiny týdně. Pochybuji, že by bylo bývalo úmyslem zákonodárcovým předměty tyto obmeziti. Naopak zde spíše se jedná o rozšíření látky také na veřejnoprávné instituce středoevropské mimo Německo a bývalé Rakousko-Uhersko mající ráz evropský.

Pokládám předmět dějiny práva ve střední Evropě za velmi důležitý a zavedení jeho upřímně vítám. Neboť při něm jde o rozšíření vědeckého rozhledu posluchačů a o upoutání jejich pozornosti na veřejnoprávní instituce také jiné než ty, které platily v Německu a bývalém Rakouskouhersku, a ve věci samé o vymanění české vědy z poručí vědy německé a obeznámení její s příslušnými literaturami francouzskou, anglickou atd. Toho však sotva bude lze dosáhnouti obmezením předmětu na čtyři hodiny týdně. Je-li předmět tento skutečně „vybudovati", má-li býti intencí zákonodárcových dosaženo, jest jemu věnovati také náležitý počet hodin. Kniha autorova jasně dokazuje, jak znamenitě lze tento předmět vybudovati. K tomu však čtyři hodiny v týdnu jest přece jen příliš málo. *Boh. Baxa.*

Kisch Guido, Leipziger Schöffenspruch-Sammlung (I. svazek sbírky Quellen zur Geschichte der Rezeption). Leipzig 1919. Stran XVI., 126 a 655.

K právnické fakultě lipské university přičleněný badatelský ústav pro právní dějiny (Forschungsinstitut für Rechtsgeschichte), řízený prof. Drem. Ad. Wachem, obral si za úkol „probádati a vylíčiti postup recepce římského práva v Německu nejen jako obecného zjevu, nýbrž i co do její jednotlivých účinků, a to se zvláštním zřetelem ke vlivu saského práva na právní vývoj". Výsledky badání zahrnujícího všechny obory právních dějin budou uveřejňovány ve sbírce „Untersuchungen zur Geschichte der Rezeption". Přípravou k ní má býti edice, jíž chceme věnovati několik řádek. Čtenářům našeho časopisu dobře známý, nadaný právní historik německý Dr. Guido Kisch, tou dobou profesor university královecké, uveřejnil tu sbírku lipských kmetcích nálezů a provází edici svou obšírným úvodem. Popisuje nejdříve podrobně rukopis M 2 saské zemské knihovny v Drážďanech. Běží tu o velecennou památku, důležitou pro dějiny německého soukromého a procesního práva ve středověku. Rukopis znám byl dosud jen nedostatečně. Uváděn byl jako „rozsudky rozličných kmetcích stolic". Homeyer zmínil se o něm v seznamu „německých právních knih ve středověku a jejich rukopisů". Badatelé čerpali z rukopisu toho dosud jen nepatrně, a proto nebyl řádně znám ani jeho obsah. Teprve Kisch poznal velikou právně historickou cenu dotčeného manuskriptu, prozkoumal jej a nabytých vědeckých výsledků použil při své edici.

Seznámiv čtenáře se zmíněným rukopisem, vydavatel zabývá se v další části své úvodní rozpravy sbírkou lipských kmetcích nálezů. Vykládá nejprve o jejím vzniku, načež přechází k její karakteristice, probírá sbírky paralelní, zjišťuje prameny řečené sbírky a shrnuje pak výsledky svého badání takto: Sbírka, v níž jsou většinou obsaženy výroky lipských soudních kmetů (scabinů, Schöffen), není úřední sbírkou kmetcích nálezů, nýbrž prací rázu soukromého. Povstala asi v l. 1523—1524, a to v Lipsku. Duševní původce práce, pro jehož praktickou potřebu sbírka byla sestavena, byl členem lipské kmetcí stolice. Zdá se, že písař nebyl ani práv znalý, ani právnicky vzdělaný. Dílo bylo kompilováno z rozličných pramenů. Nejvydatněji bylo použito úředních sbírek lipské kmetcí stolice. Jiné prameny, z nichž bylo čerpáno, jsou: rozličné sbírky kmetcích nálezů, zvláště sbírka označená jako originál rukopisu M 2 drážďanské zemské knihovny, a dále paralelní sbírka k magde-

burským otázkám. Kromě toho použito zemského práva saského zrcadla a rozšířené vikpildní glosy. Také z rukopisných právních dobrozdání bylo těženo. Vydavatel má za pravděpodobné, že sbírka byla sepsána v archivních místnostech lipské kmetcí stolice. Četné vztahy sbírky k Lipsku a zvláště k lipské kmetcí stolici jeví se dostatečným odůvodněním k pojmenování jejímu „lipská sbírka kmetcích nálezů".

Tím, že vydavatel označil sbírku jako práci soukromého rázu, chtěl zdůrazniti jen rozdíl naproti sbírkám u lipské kmetcí stolice úředně založeným a vedeným. Sbírka jím vydaná čerpala z nich arci největší část svého obsahu. Lipská sbírka kmetcích nálezů jeví se tudíž kompilací, jež spočívá na rozličných pramenech, hlavně na sbírkách kmetcích nálezů. Zpracovatelská činnost jejího autora nebyla však tak intensivní, aby se původní ráz pramenů a jejich součástek byl ztratil anebo byl doznal změny. Kmetcím nálezům zůstala vesměs zachována jejich forma a právnická rázovitost. Zkratky a změny týkají se jen vnější podoby tekstu. Neběží tu snad o vědecké zpracování, nýbrž o sběratelskou činnost. Nebyla tu podána samostatná soukromá práce právnická, nýbrž obsah sestavených pramenů byl věrně reprodukován téměř beze změny. Lipská sbírka kmetcích nálezů není tudíž samostatným plodem právní literatury, není „právní knihou" ani soukromou prací na způsob právní knihy. Jen sběratelská činnost, jíž sbírka ta děkuje svůj vznik, vyšla ze soukromého podnětu. Vzhledem k tomu, že hlavním pramenem sbírky naší byly úřední sbírky lipské kmetcí stolice z polovice 15. století, a že nás zmíněné úřední sbírky došly teprv od r. 1487 — a to ještě ne bez mezer —, je Kischova edice dnes náhradou za ztracené části lipského úředního materiálu.

V poslední kapitole úvodní rozpravy pojednává vydavatel o zásadách, jimiž byl veden při úpravě své edice.

Na to následuje kritické vydání samého tekstu lipské sbírky kmetcích nálezů, opatřené rejstříky, slovním a věcným, osobním a místním, seznamem citátů pramenných (z práva německého, římského a církevního) a jiným vědeckým aparátem. Užívání edice usnadňuje zejména podrobný slovní a věcný rejstřík, důležitý zvláště pro badatele neněmeckého, jemuž stará terminologie německá není snadno srozumitelná. *K. K.*

Dr. Josef Vacek: Církev římskokatolická a manželství. V Praze, 1920; str. 55.

Pojednání toto vzniklo z přednášek v lidových extensích vysokých škol brněnských a jest otištěno jako první svazek v „Knihovně socialisace vědy", jíž vydává nakladatelské družstvo „Máje". Titul této nové knihovny jest u nás, zejména v nynějších dobách, poněkud neobvyklý. Socialisovati vědu znamená zde tolik, jako ji popularisovati, t. j. činiti ji lidu srozumitelnou.

Pojednání Vackovo musí tudíž býti pojímáno též s hlediska tohoto; nečiní nároku, býti samostatným probádáním otázky o poměru církve katolické k manželství, nýbrž chce poučiti veřejnost hlavně o nynějším vědeckém nazírání na rozlučnost manželství. Tomuto úkolu Vacek vyhověl přehledně; ovšem může leckde i jiný názor se uplatňovati, nežli spisovatel zastává.

Je přirozeno, že autor „Pravěku a manželství“ (v Praze, 1912, 1913) seznamuje své čtenáře také s příslušnými výsledky této své práce, jichž užívá k širšímu založení své otázky, čemu slouží i vylíčení hlavních zásad o rozlučnosti manželství v některých dřívějších zákonodárstvích světských.

Obsah kanonický jest obepiat stručným vyobrazením poměru státu k církvi, který měl rozhodný vliv na vývoj přemnohých institucí církevních. Při vylíčení církevního vývoje a citování kanonických dokladův autor čerpá hlavně z výborného díla Esmeinova, Le Mariage en droit canonique (2 svazky v Paříži 1891) a hledí oživiti obraz jím sprostředkovaný vlastním usuzováním, svědčícím jeho známému živému nazírání sociologickému.

Nauka o nerozlučnosti manželství katolického jistě úzce souvisí s naukou o jeho svátostné povaze, pročež spisovatel také promlouvá o této spojitosti. Vývoj nazírání na manželství jako na svátost patří ke sporným otázkám dějin dogmatiky katolické. U nás věnoval tomuto vývoji pozornost n. př. Tumpach svým článkem „Manželství ve světle nejstarších památek a pomníků křesťanských“ (v Časopisu katolického duchovenstva, 1901), kdežto Soldát probírá věc hlavně se stanoviska nynější dogmatiky ve „Vzdělávací knihovně katolické“ sv. XLI: „O jedinosti a nerozlučnosti manželství“ (v Praze, 1906).

O vývoji svátostí pojednává nejnověji Sohm (Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians, 1918), podle něhož se zrodila „svátost“ z prakřesťanského a původního katolického názoru o „ecclesia“, ale nesouvisí s pohanským mysteriem. Tím ovšem není řečeno, že názory Sohmovy jsou nezvratnými, ale jistě vyžadují bedlivého uvážení.

Slovo ještě o citování dokladů pod čarou. Spisy určené pro rozšíření vědeckých poznatků nevyžadují toho, by uváděny byly jednotlivé prameny různými autory již spracované; myslíme, že by stačilo uvésti hlavní literaturu příslušnou, z níž by každý podle chuti mohl lehce se dopíditi bližšího poučení. Uvádějí-li se však jednotlivé doklady, musí se to díti tak, aby čtoucí, jenž není obeznámen s věcí, jasně viděl, kde je má po případě hledati nebo co znamenají.

V poznámce 2. a 5. jsou tiskové chyby; má státi „Papyruskunde“ a „Neaeram“.

Sbory z doby karolinské (pozn. 52.) citují se nyní podle vydání Werminghoffova v Monumenta Germaniae, Legum Sectio III., Concilia, 1908.

V pozn. 64. musí slovo „Glossa“ odpadnouti, neboť jde o Panormitanovu Lectura in Decretales.

Na str. 47. je třeba korektury co do Portugalska, kde nerozlučnost manželství byla odstraněna r. 1911; zdali v ostatních uvedených státech ještě trvá, netroufáme si tvrditi, ježto nemáme zaručených zpráv o dnešním stavu jich zákonodárství.

Nová knihovna byla Vackem zahájena vhodným způsobem, i přejeme jí mnoho zdaru. *Henner.*

Trestní řízení.

Lohsing Ernst, Österreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung. II. vyd. Št. Hradec a Vídeň 1920.

Spis Lohsingův je druhým vydáním spisu uveřejněného v r. 1912, jenž svého času vzbudil zasloužilou pozornost jako nový pokus o systematické zpracování látky, jež různé přídavky učinily již méně přehlednou. Zatím ovšem státoprávními změnami i změnami, jež s sebou přinesla poválečná léta na poli sociálním, změnil se podstatně materiál, jejž původní systém zpracovával, tak že nové vydání, třeba by v podstatě bylo jen novým otiskem vydání původního, vykazuje přece některé odchylné rysy. Míním tím nejen zpracování dalšího materiálu zákonodárného. Mám na mysli především kruh čtenářů, k němuž nové vydání se obrací. Kdežto dříve šlo tu o právo platné na celém území někdejších království a zemí na říšské radě zastoupených, jde nyní jen o právo platné na území nynějšího Rakouska. V úvodě ovšem podotýká auktor, že přihlížel i k zákonodárství československému, nemohlo se to však státi zcela důsledně, hlavně však i na poli trestního procesu poválečný vývoj v Rakousku na jedné a v Československu na straně druhé bral se částečně různými cestami. Vývoj tu jde tak rychle, že již i mezi tiskem nastaly v Rakousku samém podstatné změny v trestním procesu, tak že auktor sám vydal již dodatek k původnímu tekstu, v němž zpracovává zvláště rakouskou novellu k trestnímu řádu z r. 1920, jíž zavedeny byly soudy kmetí.

Že ostatně auktor nepřihlíží jen k pokrokům v zákonodárství, nýbrž i se snaží udržeti krok s pokroky v teorii trestního procesu, toho dokladem jest n. př. nově vsunutá partie o používání norem trestního procesu (str. 15.), kde uvádí nově některá pravidla výkladu positivního práva, pak zajímavá partie o pojmu strany v trestním řízení (str. 168. n.) a partie o procesních podmínkách (str. 394. n.), nehledíc k novým oddílům, jež do svého výkladu pojati musil vzhledem ke změně zákonodárství. Sem patří zvláště výklad o náhradě za vazbu vyšetřovací (str. 292.), o rekonstrukci rozsudků a protokolů (str. 534.), o řízení a zabavení jmění (str. 561.), o řízení, jímž se stíhá porušení povinností vojenských orgánů ve válce (str. 575), o výmazu odsouzení (str. 773.) a j.

Třeba by při díle tak rozsáhlém bylo možno v jednotlivostech hájiti odchylného názoru (na př. nejasný výrok na str. 3., že při výroku o výměře trestu „wird nicht ein bereits bestehendes Recht festgestellt, sondern ein neues Recht begründet“, výklad o konkurenci práv žalobních na str. 86. a zvl. 87.), přece jest vděčně uznati systematicky jasné uspořádání látky, důkladnost, s níž kontroversy k jednotlivým otázkám se odnášející jsou zaznamenány, příslušnou literaturou doloženy, a dovedně řešeny, i konečně svědomitost, s níž nové právo do starého rámce je zapracováno. Pro československého čtenáře činí spis zvláště cenným snaha auktorova, vytknouti odchylky, jež v tom neb onom směru se vyskytují v československém právu, i pozornost, již auktor věnuje české literatuře procesuální.

Uváží-li se k tomu obtíže, s nimiž zdělání tak rozsáhlého spisu při nynější téměř denní změně právních řádů jest spojeno, nelze, než spis Lohsingův označiti jako velmi vítanou příručku, jíž teorie i praxe stejně mohou s prospěchem používati. *Kallab.*

Národní hospodářství.

Fiedler Fr., Socialism před válkou a po válce. Nakladatel J. Otto 1920.

Jak autor v úvodě praví, nemá býti jeho spisek tendenční ani agitační ani polemický, nýbrž prostě informační. Přiznávám, že v tomto směru dosáhl spisovatel cíle sobě vytčeného — objektivnost je vůbec jeho silnou stránkou — a publikace zasluhuje tím větší pozornosti, že tu podává známý národohospodářský odborník nástin socialistického hnutí, jak se mu jeví po válce. Účelem spisku je upozorniti na zásadní změny, jež vynutily si válečné převraty.

V prvních kapitolách naznačil Fiedler stručně — a zajisté pouze úvodem k vlastní studii — vývoj socialismu v Anglii, Francii a Německu, i jeho různé směry. Pokud jde o poslední, staví proti sobě ostře země západní a východní. Podle něho na západě není socialistického hnutí ve vlastním smyslu, t. j. hnutí namířeného proti stěžejním zásadám dnešního právního řádu (jimiž jsou soukr. vlastnictví, svoboda smluvní, právo dědické atd.), jako jest tomu v zemích východních, nýbrž západ setrval na půdě pouhé sociální reformy. Autor totiž přesně rozlišuje od vlastního hnutí sociální reformu (trvající na dosavadním řádu), musí však sám doznati, že hranice namnoze splývají. Dle mého názoru jsou však rozdíly mezi socialismem západním a východním jen důsledkem toho, že v Anglii a ve Francii — spolu s politickým vývojem — socialism vstoupil do pokročilejšího stadia, ve kterém radikální živly byly již pevně ovládnuty většinou odborářskou, vzdalující se politiky a trvající na zásadě evoluční. Ostatně v Anglii vznikla nedávno vládní krise propagací — zejména mezi hornictvem — t. zv. „přímé akce" ve smyslu programu British-Social Party, Soc.-Democratic Federation a Independent Labour Party. A třebaže ve Francii byla květnová generální stávka poměrně lehce potlačena, přece má Francie ve straně revolučních syndikalistů a guesdistů svoji reální levici tak jako ostatní země. A naopak ovšem jsou i na západě přívrženci marxismu ochotni upustiti z důvodů agitačních od zásadního stanoviska. Nepokládám tedy tak přesné rozlišení za nepostrádatelné.

Větší pozornost, než jaké zasluhují, věnuje Fiedler několika utopistickým návrhům v oboru socialisace (lépe řečeno uniformisace) výživy. Jest bohužel pravda, že válečným a poválečným „policejním socialismem" byla individuální občanská svoboda neobyčejně postižena, což téměř každý neobyčejně těžce nese; jsem však přesvědčen, že autor silně přeceňuje nynější státní tendenci i schopnost trvale omeziti v oboru výživy individuální svobodu. Jest to prostě důsledek války a počíná již ostatně i v socialistických kruzích pronikati názor, že vázané hospodářství se dlouho neudrží.

Za to velmi zajímavě kritisuje spisovatel dále jeden z nejnovějších návrhů na socialisaci státních financí, totiž Goldscheidův projekt státního kapi-

talismu. Goldscheid súčastnil se činně posledního komunistického „puče“ v Mnichově v r. 1919 a byl právě pro tento svůj projekt určen za ministra financí. Propagoval myšlenku, aby soudobý berní stát — hledající ovšem v socialismu útočiště v poválečné finanční tísni — převedl na sebe majetkovou daní přibližně třetinu národního jmění in natura a spekuloval à la hausse, počítaje s rostoucí výnosností výrobního kapitálu a s očekávaným snížením úrokové míry. Fiedler odpovídá na otázku, byl-li by moderní stát s to, aby provedl takovou dalekosáhlou finanční reformu; dovedl by to jen stát, v němž by vládla autorita nad každou pochybnost povznesená, což je vyloučeno při nynější vládě dle politického klíče, nehledíc k tomu, že státní finance vůbec bývají — stará zkušenost — nejslabší stránkou demokracie i socialismu (str. 83).

Podnětem k publikaci byly Fiedlerovi zřejmě markantní rozdíly mezi socialismem předválečným a poválečným. Dlužno přiznati, že rozdíly ty autor velmi bystře zachytil. Uvádím nejdůležitější:

Předně otřásla válka silně vírou v absolutní dogmata vědeckého marxismu, a všude široké vrstvy lidové postavily se za jiné cíle: ruský socialism sjednotil ruské masy k obraně říšské jednoty, německý socialism vytýčil cíl vzkříšení z ponížení, český socialism se postavil do služeb osvobozeného národa. Válkou byla socialistická ideologie uvedena ve zmatek pokud jde o cíl i volbu určité cesty. Nejpozoruhodnějším však jest, že se úplně změnil panující názor, co vlastně má býti podstatou nových řádů. Původní socialism byl filanthropií. Viděl křiklavé rozdíly mezi boháčem a chuďasem. Prostředky, kterými by tyto nesrovnalosti mohly býti vyrovnány, spatřoval v associaci a v zakročení veřejné moci (Owen, Saint-Simon, Fourier). Proudhonem a Louis Blancem posunuje se sociální problém na jinou půdu, stává se z něho učení třídní; místo dřívějších protiv bohatý—chudý stává se předmětem úvah podnikatel—dělník. Na Ricardově větě, že jen práce je pramenem výroby, vědecky vybudován Marxův historický materialism. Konečně socialism předválečný jest třídní, dělnický. Po válce však opouštějí socialističtí vůdcové dogmata Marxova via facti, nevěříce již v samočinnou mechaniku hospodářského vývoje, nevěříce dále, že tytéž řády platí pro výrobu zemědělskou i průmyslovou. Z mlžin velikých neohraničených věšteb vystupuje socialism na pevnou půdu určitě vymezených projektů. Proto posuzuje na př. úkol socialisace zemědělství samostatně a hledá formy přizpůsobené zemědělské povaze.

Jest jistě nemalou zásluhou leptavě analystické práce Fiedlerovy, že zde upozornil na skutečnost, že po válce socialism — z důvodů již naznačených — obrátil své zraky pouze k velkým podnikům, čímž se neodvratně na nedohlednou dobu zřekl ideálu Marxova o sespolečenštění všech kapitálů: neboť je-li zachováno kapitalistické hospodaření na středních a malých podnicích, jest to zřejmým důkazem, že vůdcové — před válkou papežštější než sám papež — již přestali věřiti v Marxovu theorii o shroucení (Zusammenbruchstheorie). I v Rusku zůstala kapitalistická forma v středním a malém průmyslu, obchodu i v zemědělství netknuta. Tím však nemá býti řečeno, že by nešlo o reformy velkého významu a dosahu, právě naopak; avšak na místo sespolečenštění nastoupila nyní tendence k sestátnění, omezivši se přirozeně na konkrétní úkoly sestátnění dolů, těžkého

průmyslu a velkého majetku pozemkového. Zároveň se — dle autora — vyvíjí nový pojem vlastnictví, jež Fiedler nazývá „vlastnictvím socialisovaným“, t. j. vedle dosavadního soukromého vlastnictví buduje se vlastnictví podnikové, kterým bude vládnouti stát. Stát (mělo by snad býti: vůdcové socialističtí?) postřehl totiž nemožnost zničiti kapitalistickou soustavu, a proto ji staví do svých služeb. — Nevím však, jeli možno — alespoň pro nynější dobu — souhlasiti s autorovým názorem, že jedním ze znaků poválečného socialismu je zmírnění třídního boje. Domnívám se, že jest tomu naopak.

Poválečná socialisace jeví se autorovi pojmově jako sestátnění buď plného vlastnictví neb jen některých správních práv vlastníkových; arciť účel je jiný, obsáhlejší, než jaký mělo sestátnění dle dosavadních právních pravidel (str. 123). Nehledíc k těmto reformám pokračuje se ve všech státech horečně v dalším budování sociálních reforem ve smyslu všeobecné sociální péče a jest jistě pro nás potěšitelno, mohl-li odb. přednosta Soušek, náš zástupce na Mezinár. konferenci práce ve Washingtoně, konstatovati, že v naší republice jsme v tomto ohledu dále než leckde jinde.

Ku konci snaží se spisovatel naznačiti podstatu nového socialismu a jeho definice zní: kapitalism státní moci podrobený. Z mnoha důvodů změnil se poměr socialistů ke státu. Kdežto orthodoxní marxisté (nemajíce tehda možnosti aktivní politiky) stát buď přehlíželi, věštíce mu ponenáhlou smrt, nebo pokládali za nutné jej zničiti (anarchismus), dnes dívají se socialistické strany — stavše se téměř všude vedoucími vládními stranami — na stát jako na všemocného kouzelníka, který je vyvede ze slepé uličky, přeceňujíce jej stejně jako osvícený absolutism. Jinak ovšem tomu rozumějí radikální orthodoxní socialistická křídla, hrozící stranám vládním, že odvrátí od nich davy. Ačkoliv není pro davové agitace učení lákavějšího nad marxism, přece danými mocenskými poměry jest dána i potence dnešního socialismu vůbec a tento nutně musí se omeziti na ovládnutí kapitalismu za vydatné pomoci státní a řešiti shora uvedené konkrétní úkoly.

To jsou asi hlavní myšlenky Fiedlerovy knížky, psané s úzkostlivou nestranností, jež přišla nynější době jistě vhod, a možno říci, že svědomitá analysa autorova staví jeho studii na vysokou úroveň. *Dr. Ant. Hamann.*

Zprávy.

Paměť čtyrstého výročí úmrtí mistra V. Kornela ze Všehrd.

Karlova universita uspořádala se Spolkem českých právníků Všehrd dne 3. prosince 1920 ve velké síni koleje Karlovy slavnostní shromáždění, při němž vzpomenuto čtyrstého výročí smrti předního českého právníka mistra Viktorina Kornela ze Všehrd, profesora a děkana artistické fakulty pražské university. Za Spolek českých právníků Všehrd a vůbec za posluchače právníky promluvil p. Boh. Šejhar. Slavnostní přednášku proslovil profesor právnické fakulty Dr. Karel Kadlec. Přednáška bude uveřejněna v příštím ročníku našeho časopisu. Časopis „Všehrd“ vydal na touž paměť slavnostní dvojčíslo druhého ročníku (1920), obsahující

řadu pietních článků z pera dílem posluchačů práv, dílem mladšího dorostu právnického, před nedávnem absolvovaného.

* * *

Oslava 70. narozenin univ. prof. Dra. Frant. Storcha.

Nestor českých kriminalistů, univ. profesor Dr. František Storch, dovršil nedávno sedmou desítku života. „Právnická Jednota" společně s profesorským sborem právnické fakulty Karlovy university vzdaly dne 3. února 1921 upřímný hold vynikajícímu našemu učenci, autoru monumentálního díla „Řízení trestní rakouské" (2 sv., I. 1883—1887, II. 1896 a 1897). Slavnostní schůzi, konanou v malé promoční síni Karolina, zahájil starosta „Právnické Jednoty" Dr. Kasanda a stručným vítacím proslovem i proděkan právnické fakulty prof. Dr. Hora, načež prof. Dr. Miřička jako jeden ze zástupců kriminalistiky na právnické fakultě Karlovy university ocenil stručně jménem profesorského sboru veliké zásluhy jubilantovy o rozvoj české vědy trestního práva. Obšírnější slavnostní přednášku měl kriminalista Masarykovy university prof. Dr. Jaroslav Kallab. Vedoucí odborový přednosta v ministerstvu spravedlnosti Dr. Emerich Polák vzdal jménem justiční správy prof. Storchovi díky za vychování celé řady vynikajících soudců jakož i za ochotu, se kterou jubilant se ujal reformy trestního řádu v naší republice a přál mu mnoho zdraví, aby mohl ještě nový trestní řád vědecky zpracovati. Prof. Dr. Storch hluboce jsa dojat, poděkoval za poctu mu prokázanou. Redakce „Sborníku věd právních a státních" s radostí se připojuje k uvedeným oslavným projevům.

* * *

Památce polského právního historika slavisty.

Dne 14. prosince 1920 měl v Historickém spolku při bělehradské universitě zajímavou přednášku prof. Fedor V. Taranovskij. Vzpomínal stého výročí prvé vědecké studie na poli srovnavacích dějin slovanského práva. Vyšelť r. 1820 prvý svazek pozoruhodného díla Ignáce B. Rakowieckého „Prawda Ruska". Přednáška byla zajímavá již tím, že ruský učenec — tou dobou profesor bělehradské university — vzdával hold památce polského badatele, jednoho z představitelů slovanského obrození, ve společnosti srbské a srbským jazykem. Bylo to vůbec prvé veřejné vystoupení prof. Taranovského ve vědeckých kruzích srbských. Hledíc k této okolnosti předseda Historického spolku prof. N. Vulić zahájil schůzi procítěnou uvítací řečí, v níž vyslovil hluboké politování nad neštěstím, jež postihlo ruský národ, poukázal na to, že v nešťastné době je pro Srby jakousi útěchou aspoň to, že se jim naskytla příležitost použíti přímého spolupracovnictví ruských učenců, kteří museli z vlasti své uprchnouti před pronásledováním a hrůzou bolševictví, a vyslovil konečně pevnou víru Srbů v brzké obrození trvale velikého Ruska.

Prof. Taranovskij, dříve než přikročil k vlastní přednášce, srdečně poděkoval předsedovi prof. N. Vulićovi za slova bratrského uvítání a účasti a tlumočil hluboké uznání bělehradské i ostatním universitám království Srbů, Chorvatů a Slovinců za to, že poskytly mnohým ruským učencům možnost pokračovati v profesorské činnosti a vědecké práci.

Přednáška prof. Taranovského skládala se z úvodu a dvou částí. V úvodě přednášející vyložil, proč sté výročí díla Rakowieckého možno pokládati za dovršené. Práce Rakowieckého Prawda Ruska vyšla totiž ve dvou svazcích; prvý byl uveřejněn r. 1920, druhý r. 1821. Svazek druhý, jehož vydání se následkem ryze vnějších příčin opozdilo, přinesl teksty právních památek a a filologické úvahy autorovy. Výsledky vlastního badání autorova na poli nejstaršího práva slovanského jsou však úplně obsaženy ve svazku prvém. Proto rok vydání tohoto svazku možno a dlužno pokládati za rok uveřejnění prvé studie z oboru srovnavacích dějin slovanského práva.

V prvé části své přednášky podal prof. Taranovskij karakteristiku toho ideového prostředí, v němž vznikla vědecká práce Rakowieckého, v druhé provedl analysu a kritiku probíraného díla.

Práce Rakowieckého povstala v širokém proudu slovanského obrození, jímž se tak silně vyznačuje prvá čtvrtina 19. století. Přednášející načrtl všeobecný obraz tohoto památného myšlenkového hnutí mezi Slovany a na jeho podkladě nastínil počátek vědeckého zpracování dějin slovanského práva.

Práce Rakowieckého spojovala bádání o Ruské Pravdě i jiných památkách starého ruského práva se srovnavacím studiem a výkladem starého práva celého Slovanstva. Setkav se na své cestě s normanskou theorií, Rakowiecki vypořádal se s ní velmi dovedně a úplně vědecky. Rozeznává ve starém ruském právu slovanské a normanské elementy, uznává ty i ony v příslušných mezích a mohl ve výsledku své práce plným právem říci, že ruské právo, ač podlehlo normanskému vlivu, uchovalo si přece svého prvotního slovanského ducha. Co se týče tvrzení normanské theorie, jako by veškerá právotvorná činnost mezi Slovany (zvláště ruskými a polskými) byla vycházela výhradně od Normanův a vůbec od Germánů, tu Rakowiecki přesvědčivě vyvrátil a rozhodně odmítl toto apriorní mínění a v duchu Herderovy filosofie dějin postavil se na půdu učení o svéráznosti a původnosti slovanského kulturně-historického typu ve srovnání s německým a vedle něho. Ve své studii Rakowiecki použil a formuloval tak vysoko vyvinutou po vědecké stránce srovnavací historickou methodu, že se ukázal předchůdcem známého anglického právního historika Freemana hlásavšího analogické názory v 70. letech min. století. *K. Kadlec.*

* * *

O eugenice a socialismu přednášel v Jednotě pro péči hospodářskou a kulturní v Praze docent dr. ing. Jaroslav Kříženecký a v přednášce své došel k těmto větám: Eugenika jest se socialismem ve velice intimní programové souvislosti. Tuto souvislost poznáme, vyjdeme-li z čistě hospodářského pojímání socialismu a vyabstrahujeme-li jednu z jeho základních idei. Tou jest snaha o organisaci společenského života se zřetelem ke společnosti a pomocí společnosti. Tato idea se uplatňovala již v počátcích socialismu při velké revoluci francouzské, kdy se volalo po organisaci práce, po zřízení ministerstva práce a byly zakládány „národní dílny". Dnes se projevuje snahou o socialisaci. Socialisovat možno však všechny funkce života společenského. Vyžaduje tak logicky i sám socialism Marxův. Omezuje-li se Marx na funkce ekonomické, jest to důsledek jeho historického materialismu,

podle kterého vše ostatní jest nadstavbou a vyplývá z poměrů hospodářských. Volá-li se v marxismu po socialisaci na poli hospodářském, chce se tím vlastně mlčky socialisace celého společenského života. Ideou zde jest organisovati podle vědeckého poznání společenské funkce se zřetelem ke společnosti. — Eugenika jest takovýmto socialisačním programem na poli reprodukce. Dosud ovšem nemá eugenika na tomto poli dostatečného programu. Ve směru Galtonovy eugeniky anglické, německé rasové hygieny a americké eugeniky se vyvíjela jednostranně selektivně. Eugenika musí rozšiřovati svůj program na všechny činitele, určující sociálně biologickou hodnotu nových generací, tedy vedle činitelů vnitřních, jimiž jsou dědičné vlohy, i na činitele vnější, jimiž jsou poměry životní. Ale již dnes vystupuje eugenika ideově jako snaha o organisaci reprodukční ve smyslu zájmů společnosti. Proti dosavadní volnosti a libovolnosti na tomto poli žádá eugenika organisaci se zřetelem ke společnosti. V kontrastu „liberalism—socialism“ stojí zde tedy eugenika na straně socialismu. Eugenika jest tedy socialisací procesu reprodukčního. Tuto ideovou souvislost eugeniky se socialismem porušovala kdysi německá rasová hygiena. Svým selekcionismem byla darwinisticky aristokratickou a též protihumánní. Dnes eugenika tento výhradně selekcionistický základ opouští, a uznání vývojového významu vnějších činitelů nás vede k správnému eugenickému ocenění veškerých ochranných institucí sociálních. Tím pak, že dnes nechce býti eugenika kladně selektivní, ale žádá jen negativní selekci toho, co jako pathologické se odchyluje od normy, staví se na demokratickou kriteriovou půdu, neboť norma jest nám dána průměrem z množství. Rozpory, které byly mezi eugenikou a socialismem vlivem německé rasové hygieny, tedy dnes mizejí a eugenika se přikloňuje na stranu socialismu. Eugenika jest tudíž v úplné harmonické programové souvislosti se socialismem. Jest prvým bodem programu socialismu v plné jeho myšlenkové šíři i hloubce.

* * *

Právě vyšlo v nové úpravě první číslo *„Věstníku ministerstva financí“*. Věstník má dle úvodních slov min. dra. Engliše sloužiti nejen potřebám správním, ale i soukromé potřebě, veřejnosti domácí i cizí. Věstník sleduje účel spojovati úkol revuální s vlastním úkolem administrativním do té doby nežli bude iniciativou soukromou o úkol revuální postaráno jinak.

První samostatná část normativní obsahuje doslovný otisk finančních zákonů, nařízení, výnosů, přehled judikatury správního soudu a rozhodnutí celní rady. Z druhé samostatné části revuální uvádíme články: Finanční zákon a státní rozpočet naší republiky, Státní dluh čsl. republiky koncem prosince 1920, V čem pozůstávají změny zákona o dávce z vína v lahvích a daně nápojové, Novela k zákonu o dani z líhu. V hlídce legislativní je pojednání o daňových výhodách pro investice, návrh nové daňové sazby při dani z příjmu, návrh zákona o dědické dani atd. . . Část statistická obsahuje celou řadu tabulek, z nichž uvádíme: Čistý výnos daní za měsíc září a do konce září 1920 srovnaný s preliminářem a s lonským rokem, zajímavý diagram o pohybu čsl. koruny na curyšském trhu, výkaz o stavu a pohybu vkladů u bank za I. sem. 1920, pak hlídku zahraniční.

Redakce nelituje peněžních obětí a obrací se na veřejnost a zvláště na kruhy finanční se žádostí, aby ji upozornili, jakým způsobem by bylo část revuální zdokonaliti, aby dosaženo bylo cíle shora vytknutého. Adresa: Věstník ministerstva financí, Praha I., Husova 20. Záloha na předplatné 50 K na kontó pošt. šek. úřadu č. 37792* 65.
